Die condictio possessionis.

Ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg.

vorgelegt von

Heinz Arnthal,

Gerichtsreferendar aus Kassel.

Quakenbrück

Handelsdruckerei C. Trute

1929.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 22. 1. 1929.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Leonhard.

Skizze.

Schrifttum.

Bekker, Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880.

Bolze, Einige Quellenstellen zur Lehre von den Condictionen. Arch. ziv. Prax. 79 S. 260.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Leipzig 1895.

Bruns, Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874.

Bunsen, Besitzschutz im BGB. Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. 23.

Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Bd. Schuldverhältnisse. Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten, Bd. II. 3. Aufl. Berlin 1892.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des BGB. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1 und I 2 (Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse). 18.—22. Aufl. Marburg 1923.

Freund, Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs. Leonhards Studien, Heft 7, S. 13.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1905.

Guthke, Die condictio possessionis im heutigen bürgerlichen Recht. Diss. Greifswald 1923. (Schreibmasch.)

Hartmann, Das Wesen des Bereicherungsanspruchs. Archiv f. bürgerl. Recht 21 S. 224.

Hedemann, Bereicherung durch Strohmänner, in Festgabe für August Thon,. 1911.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

Jhering, Ueber den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869.

Kahn, Konkurrenz des Geschäfts- mit dem Bereicherungsanspruch, speziell die Konkurrenz zwischen Geschäfts- und Besitzbereicherungsanspruch. Rostocker Diss. 1912.

Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 58 S. 152 ff.

Kniep, Der Besitz des BGB. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.

Kuhlenbeck, Das BGB. für das Deutsche Reich. 1. Aufl. Berlin 1899.

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß Bd. I und II, Leipzig 1912.

Leonhard, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts in kurzen Sätzen, 1. Aufl. 1923.

v. Mayr, Die Condictio des römischen Privatrechtes. Leipzig 1900.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.

Memmesheimer, Die condictio possessionis. Schreibmasch. Diss. Gießen 1921.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Oertmann, Ersitzung und Bereicherungshaftung. Recht 1910 Bd. 14 S. 585 ff.

Oertmann, Verfügung ohne Rechtsgrund über fremde Sachen. Recht 1915 S. 510 ff.

Oertmann, Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse, 3./4. Auflage. Berlin 1910.

Pfersche, Die Bereicherungsklagen. Wien 1883.

Pflüger, Ueber die condictio incerti. Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abt. S. 75 ff.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Bd. 2. Berlin und Leipzig 1928, Bd. 3, 1920.

Plessen, Die Grundlagen der modernen Condictio. 1904.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Reichsgerichtsräte-Kommentar in Zivilsachen. 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Reichsgerichtsräte-Kommentar in Strafsachen. 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1925.

Reininghaus, Der Mangel des rechtlichen Grundes bei den Bereicherungsansprüchen nach BGB. Festgabe für Fitting 1911.

Runge, Der Besitzbereicherungsanspruch (condictio possessionis). Schreibmasch. Diss. Rostock 1922.

Savigny, System des römischen Rechts. Berlin 1841.

Schmidt, Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. München 1915.

Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Arch. ziv. Prax. Bd. 105 S. 1 ff.

Sohm, Institutionen. 7. Aufl. Leipzig 1898.

Staffel, Voraussetzung und Zweck. Sächsisches Archiv 1903 S. 497.

Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Festschrift für Fitting, Halle 1903.

Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. 11. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse. 5./6. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1910, und 9. Aufl. 1925/1928.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. Tübingen 1925/26.

Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem BGB. Diss. Straßburg 1899.

Strohal, Der Sachbesitz nach BGB. S. 1 ff. Iherings Jahrbücher Bd. 38.

Stück, Voraussetzung, Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruches. Diss. Jena 1913.

Trampedach, Die condictio incerti, Zeitschrift der Savigny-Stiftung romanistische Abteilung Bd. 17 S. 97 ff.

v. Thur, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung in Festgabe für Bekker. 1907.

Warneyers Kommentar zum BGB. 1923/1927.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 8. Aufl. Frankfurt 1900/1901.

Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859.

Wolff, Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II Sachenrecht, 15.—17. Aufl. Marburg 1923.

Wolfenstein, Das Wesen der Condictio im römischen und heutigen bürgerlichen Recht. Diss. Erlangen 1906.

I.

A. hat von dem Eigentümer X. eine Sache zur Leihe erhalten. Mit Genehmigung des X. überläßt er ihren Gebrauch an B. und übergibt sie diesem. B. war bei Abschluß des Vertrages geschäftsunfähig. Der Vertrag ist mithin nichtig. A. muß, das entspricht ohne weiteres unserem Rechtsempfinden, die Sache von B. zurückfordern können. Worauf läßt sich ein solcher Anspruch gründen? Nicht auf das Vertragsverhältnis, denn das besteht nicht, auch nicht auf Eigentum, da A. ja nicht Eigentümer der Sache ist. Die Besitzansprüche der §§ 861, 1007 BGB. können ebenfalls nicht in Frage stehen, da es sich für A. weder um entzogenen noch abhanden gekommenen Besitz handelt.

Auch von X., der als Eigentümer gemäß § 985 BGB. dazu in der Lage sein würde, kann A. nicht die Wiederverschaffung des Besitzes an der Sache fordern, denn gemäß dem Leihvertrag ist X. lediglich verpflichtet, den Gebrauch der Sache zu gestatten (§ 598 BGB.), eine positive Wiederverschaffungspflicht besteht nicht für ihn.

Nach dem Versagen der angeführten Konstruktionen bleibt nur ein Anspruch als möglich bestehen, um dem A. in gewünschter Weise zu helfen: Es ist der aus ungerechtfertigter Bereicherung.

§ 812 BGB. Satz 1 lautet:

> Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.

Es würde nur darauf ankommen, unter dem „etwas“ dieser Bestimmung auch den Besitz zu verstehen.

Das angeführte Beispiel zeigt, von praktischen Erwägungen aus gesehen, die zwingende Notwendigkeit, einen Besitzbereicherungsanspruch anzuerkennen, dessen tatsächliche Existenz und dessen Umfang in den weiteren Ausführungen darzulegen ist.

II.

Zunächst sei einiges über die Geschichte des Besitzbereicherungsanspruches, der condictio possessionis, gesagt.

Das römische Recht, das die Grundlage unseres heutigen Schuldrechtes bildet, hat diesen Anspruch gekannt. Seit wann, ist allerdings bestritten. Sicher ist, daß die condictio possessionis (c. p.) erst ziemlich spät gebräuchlich wurde. Das erklärt sich daraus, daß die con-

dictio als eine Klagart des jus strictum zunächst auf certa pecunia [1]) oder auf certa res [2]) ging, also entweder auf eine bestimmte Geldsumme oder auf eine bestimmte Sache und zwar in ihrer rechtlich fest umgrenzten Beziehung zu einer Person [3]). Ob die c. p. sich schon zu Zeiten des klassischen Rechts oder erst in späterer Zeit entwickelt hat, ist bestritten [4]).

Es kann hier, wo es lediglich darauf ankommt, die tatsächlichen historischen Grundlagen eines heute bestehenden Besitzbereicherungsanspruchs zu finden, nicht der Ort sein, auf diese Frage näher einzugehen. Fest steht jedenfalls, daß es zur Zeit Justinians eine condictio des Besitzes gab.

Die unbestrittenste Stelle ist die l. 15 § 1 D. 12, 6: Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem.

Weitere Fälle einer c. p. bei Besitzübertragung sind die Stellen l. 19 § 2 D. 43, 26 und l. 13 § 1 f. D. 16, 3.

Die erste der beiden Stellen lautet: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione. Brinz [5]) nimmt hier mit Unrecht eine condictio furtiva an, also einen Anspruch, der nicht auf den Besitz, sondern auf die res geht [6]). Mit Recht betont Trampedach [7]) demgegenüber, daß bei Vorenthaltung des precariums ein furtum nicht gegeben ist, daß vielmehr aus dem „non solum interdicto . . ., sed et incerti condictione" zu entnehmen ist: „Aus dem gleichen Grunde wie das Interdict kann auch die Condictio geltend gemacht werden, also: aus Vorenthaltung des Besitzes."

Die zweite Stelle behandelt den Fall, daß dem Eigentümer eine Sache gestohlen, dann ihm, der in Unkenntnis über sein Eigentum an der Sache ist, zur Verwahrung gegeben und dann auf Grund des

---

[1]) eingeführt durch eine lex Silia.

[2]) eingeführt durch eine lex Calpurnia.

[3]) Das muß ganz besonders betont werden, um das Mißverständnis zu vermeiden, als ginge die c. p nicht auch auf Herausgabe der Sache (s. unten S. 22).

[4]) Für erstere Auffassung u. a.: Trampedach, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abteilung Bd. 17 S. 97 ff.; Bruns, Besitzklagen S. 198 ff.; Bekker S. 285 ff.

Für letztere Auffassung: Pflüger, Ztschr. Sav.-Stiftg. r. A. Bd. 18 S. 106 ff.; v. Mayr, Condictio, insbes. S. 217 ff.

[5]) Pandekten Bd. II S. 509 Nr. 23.

[6]) Ausnahme: l. 12 § 8 D. 13, 1. Im übrigen geht die condictio furtiva immer auf die res, selbst wenn nur furtum possessionis vorliegt. In diesem letzten Fall handelt es sich nicht, wie Brinz a. a. O. meint, um eine c. p., was allerdings nicht logisch, sondern nur historisch zu erklären ist (Trampedach S. 112 Anm. 2).

[7]) S. 105/6.

Verwahrungsvertrages von ihm an den Dieb wieder herausgegeben wird. Hier steht dem Eigentümer eine „indebiti dati condictio“ zu. Auch diese hält Brinz für eine condictio furtiva. Dem steht aber der Ausdruck indebiti dati entgegen, der bei condictio furtiva nicht, wohl aber, wie die oben angeführte Stelle l. 15 § 1 D. zit. im Zusammenhang mit l. 15 pr. ergibt, bei der c. p. vorkommt [8]).

Weitere Fälle der c. p. — und zwar bei furtum bzw. dejectio — sind die folgenden: l. 12 § 2 D. 13, 1: Neracius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

l. 2 D. 13,3: Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit possessionis eum condicere Celsus ait.

l. 25 pr. § 1 D. 47, 2: Verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse. Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta.

Daß es sich im ersten der drei Fälle um eine c. p. handelt [9]), ergibt der letzte Nachsatz der dritten angeführten Stelle: Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum usw., was ganz offensichtlich heißen soll: Celsus glaubt, daß der Besitz condiciert werden könne, da er (der Besitz) ja auch bei einer geraubten beweglichen Sache condicierbar sei. Diese allein ungezwungene und logische Erklärung wird verständlich, wenn in der l. 12 § 2 D. zit. eine c. p. erblickt wird [10]).

Weitere Fälle, in denen eine c. p. angenommen wurde, jedoch mit Unrecht, sind: l. 13 pr. D. 39, 6 [11]); l. 33 D. 12, 6 [12]); l. 4 § 2 D. 12, 1 [13]); l. 22 D. 36, 1 [14]).

Hier genügt es festzustellen, daß zum mindesten das Justiniansche Recht eine c. p. kannte.

Die Grenzen dieser condictio sind im gemeinen Recht stark umstritten worden.

Ein Teil der Schriftsteller behauptet, der Besitzbereicherungsanspruch sei nur gegeben, wo der Besitz als solcher im Gegensatz zum Eigentum Gegenstand des Deliktes oder des Rechtsgeschäftes sei [15]).

---

[8]) Trampedach, S. 107 Anm. 1 und weitere Begründung S. 108.

[9]) Hier also c. p. trotz c. furtiva (S. 2 Anm. 3).

[10]) Trampedach S. 101.

[11]) Trampedach S. 103 f.

[12]) Trampedach S. 103 f.

[13]) Trampedach S. 109 f.

[14]) Trampedach S. 110 f.

[15]) vgl. Vogt, Ueber die condictiones ob causam S. 329/31, zit. bei Bruns S. 199; Bekker, Recht des Besitzes S. 288, der noch den Fall hinzufügt, daß der Geschädigte nur Besitz hat, wenn auch der Gegenstand des Rechtsgeschäftes mehr als der Besitz ist.

Das wesentlichste Argument für diese Anschauung wird in l. 15 § 1 D. zit. in dem mit quemadmodum beginnenden Nachsatz gesehen. Dem hält Bruns mit Recht entgegen, daß mit dem quemadmodum ... possessionem debere lediglich ein Beispiel zur Verdeutlichung gegeben werden sollte [16]), das nicht aus sich heraus eine verengende Auslegung der c. p. fordert.

Immerhin ließe sich aus anderem Grunde eine Beschränkung des Besitzbereicherungsanspruchs denken. Im römischen Recht galt der Grundsatz, daß dort, wo eine rei vindicatio gegeben ist, dem Geschädigten keine condictio zur Seite stehen könne [17]). Als eine Ausnahme von diesem Satz wird lediglich die dem Dominus zustehende condictio furtiva hervorgehoben [18]). Kann nun die gleiche Ausnahme auch für die c. p. beansprucht werden?

Dafür läßt sich vorbringen, daß die c. p. zunächst gar keine oder eine nur sehr geringe Bedeutung gehabt hat, so daß man allem Anschein nach bei dem Satz: wo rei vindicatio, da keine condictio nur an die condictio rei gedacht hat. Man habe, wird man weiter sagen können, mit diesem Grundsatz eben nur die logisch selbstverständliche, lediglich bei der condictio furtiva durchbrochene Tatsache festhalten wollen, die Gaius 4, 4 dahin ausdrückt, daß der Eigentümer nicht auf dare oportere klagen könne, weil „quod nostrum est nobis dari non potest [19])".

Diese Auslegung sowie überhaupt eine weitgehende Ausdehnung der condictio possessionis, ist im gemeinen Recht, vor allem in der Praxis, herrschend geworden [20]). Es mag zum Durchdringen dieser Auffassung die Erwägung mitgewirkt haben, daß die Begrenzung der c. p. durch die rei vindicatio völlig unpraktisch ist. Denn um sich vor der c. p. zu schützen, müßte der Beklagte behaupten und beweisen, daß der Kläger mehr als nur ehemaliger Besitzer, nämlich Eigentümer ist. Daran wird aber der Beklagte sicherlich kaum jemals Interesse haben [21]).

III.

Im heutigen Recht würde, wie schon oben (S. 1) bemerkt, der § 812 BGB. die Grundlage eines Besitzbereicherungsanspruchs bilden. Es wurde auch gesagt, daß die Anerkennung dieses Anspruchs lediglich von der Auslegung des Begriffes „etwas" abhängig ist.

Für sich betrachtet ist der Begriff „etwas" sehr farblos, so daß man leicht geneigt ist, den Besitz ihm ohne weiteres unterzuordnen,

---

[16]) S. 201.

[17]) u. a. l. 2 § 2 D. 12, 1; l. 8, l. 9 § 9 D. 12, 1; l. 13 § 1 D. 12, 1; l. 11 § 2 D. 12, 1; l. 22 § 2 D. 13, 7; l. 23 D. 12, 1; Savigny, System des römischen Rechts Bd. 5 S. 515, 523; Trampedach S. 98 f.

[18]) l. 1 D. 13, l. 14 § 16 D. 47, 2; anders Proculus l. 15 D. 12, 4.

[19]) Bruns S. 200.

[20]) Windscheid, Pandekten 5. Aufl. S. 591; Seuff. Arch. Bd. 19 Nr. 152; Bd. 34 Nr. 45.

[21]) Bruns S. 200.

ganz gleich, ob man ihn als Recht, Rechtsposition oder gar als rechtlich nicht bedeutsames Haben ansehen will. Es muß aber bedacht werden, daß das „etwas" ohne rechtlichen Grund erlangt, bzw. daß der rechtliche Grund für seine Innehabung später weggefallen sein muß. Eine solche Wertung ist aber nur möglich, wenn die Rechtsordnung sich dem bereichernden Gegenstand gegenüber nicht indifferent verhält, wenn dieser selbst also ein rechtlicher Begriff ist, sonst würde sich das Recht auch seiner Verschiebung und seinem Haben gegenüber indifferent verhalten.

Dieser Beweisführung könnte man die vor allem vom Reichsgericht in den Fällen der Erpressung und des Betruges (§§ 253, 263 StGB.) vertretene Auffassung entgegenhalten [1]). Beide Gesetzesbestimmungen fordern die Absicht, „sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen". Diesen Voraussetzungen ist nach Ansicht des Reichsgerichts schon dann genügt, wenn der Täter keinen Anspruch auf die von ihm beabsichtigte Bereicherung hatte, wenn nur die sonstigen Bedingungen der gesetzlichen Tatbestände, also Herbeiführung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung durch Gewalt oder Drohung (§ 253 StGB.) oder Schadenszufügung durch Irrtumserregung (§ 263 StGB.) vorliegen. Es ist klar, daß bei solcher Auslegung die rechtliche Wertbarkeit des erlangten oder beabsichtigten Vermögensvorteils keine Rolle spielt oder wenigstens nur eine negative, indem dann, wenn der Täter einen Anspruch auf den beabsichtigten Vermögensvorteil hatte, ein rechtswidriger Vermögensvorteil auf keinen Fall gegeben ist. Im übrigen aber bestimmt sich nach dieser Auffassung die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils aus dem asozialen Verhalten des Täters.

Damit gelangen wir zur entscheidenden Verschiedenheit des Bereicherungsanspruchs von den aufgeführten strafrechtlichen Tatbeständen, bzw. dem Strafrecht überhaupt. Das Strafrecht — und im bürgerlichen Recht das Deliktsrecht — bildet die Reaktion der Rechtsordnung gegen ein von ihr mißbilligtes Verhalten, während das Bereicherungsrecht lediglich den Ausgleich irgendwelcher Güter bezweckt. Ihm kann es also nur darum zu tun sein, ob der Bereicherte den erlangten Vermögensvorteil, für sich betrachtet, beanspruchen kann oder nicht.

Diese Ansicht wird nicht durch die Ausführungen von Schulz [2]) widerlegt. Schulz versteht unter ungerechtfertigt Erlangtem das, was durch widerrechtlichen Eingriff in fremde Rechte erworben wird, verlangt also, wie man zunächst meinen könnte, daß die Widerrechtlichkeit auf ein Handeln, ein Verhalten zu beziehen ist. Aber abgesehen davon, daß sein Begriff des widerrechtlichen Eingriffs deshalb nicht

---

[1]) RGSt. 14, 4; 32, 335; 44, 204; 51, 330; RGR.-Komm. § 263 Nr. 7 Abs. 3, aber sich selbst widersprechend § 253 Nr. 4 Abs. 3.

[2]) Schulz, Arch. ziv. Prax. 105 S. 1 ff. „System der Rechte auf den Eingriffserwerb."

paßt, weil er eine Anzahl Fälle der condictio nicht zu umfassen vermag [3]), ist er auch mißverständlich. Schulz [4]) muß unter widerrechtlichem Eingriff auch den Fall begreifen, daß, gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2, der bereichernde Gegenstand zunächst rechtsgültig erlangt wurde und der Rechtsgrund später wegfällt. Ein Eingriff im Sinne von Schulz liegt also vor unmittelbar mit dem Augenblick, in dem der Rechtsgrund wegfällt. Daß aber nach dem Sprachgebrauch in diesem Augenblick von einem irgendwie wertbaren Verhalten die Rede sein könnte, wird niemand behaupten. Schulz schließt, wie das Beispiel zeigt, von der materiellen Widerrechtlichkeit auf ein Verhalten, nicht etwa umgekehrt, was allein möglich wäre, vom Verhalten auf die Widerrechtlichkeit.

Es kommt also, wie zum Schluß nochmals betont werden soll, im Bereicherungsrecht nur darauf an, daß das Haben des bereichernden Gegenstandes ungerechtfertigt ist; und zur Beurteilung dessen ist es, wie am Anfang dieser Untersuchung bewiesen wurde, notwendig, daß das erlangte Etwas rechtlicher Wertung unterliegt.

Der Besitz muß also, um als Gegenstand der Bereicherung gelten zu können, ein rechtlicher Begriff sein. Das ist er nicht nur dann, wenn er selbst ein Recht ist, sondern schon dann, wenn er lediglich eine Rechtsposition gewährt. Daß er eine Rechtsposition bietet, muß auf jeden Fall, auch wenn man ihn nicht als Recht ansieht, bejaht werden [5]).

Er begründet u. a., die Rechtsvermutung des § 1006 BGB., ist bedeutsam bei der Eigentumsübertragung (§§ 929 ff. BGB.), bei der Nießbrauchs- und Pfandbestellung (§§ 1032, 1033, 1205 BGB.), beim Fruchterwerb (§§ 955 ff. BGB.), bei der Ersitzung (§§ 937 ff. BGB.), bei der Aneignung (§ 958 BGB.), der Dereliktion (§ 959 BGB.) und beim Besitzschutzanspruch des § 1007 BGB.

Auch die dem Besitzer zustehenden Eigenmachtsansprüche der §§ 861, 862 BGB. beweisen, daß der Besitz eine Rechtsposition gewährt. Allerdings wird man behaupten, daß die Eigenmachtsklagen nur die Reaktion auf ein bestimmtes, mißbilligtes Verhalten seien und deshalb von ihnen auf die Natur des Besitzes keine Schlüsse zulässig wären. Demgegenüber muß aber betont werden, daß im allgemeinen die Rechtsordnung sich nur gegen schuldhaft ungesetzliches Verhalten von Personen wendet, während die §§ 861, 862 BGB. ein Verschulden des eigenmächtig Handelnden nicht voraussetzen. Daraus muß geschlossen werden, daß die Eigenmachtsansprüche auch einen besonderen Schutz des Besitzes gewähren wollen, wodurch sie ihm eine rechtliche Stellung zuerteilen.

Der Besitz muß also als „etwas“ im Sinne des § 812 BGB. angesehen und somit der Besitzbereicherungsanspruch grundsätzlich zu-

---

[3]) Enneccerus I 2 § 442 Anm. 1.

[4]) S. 435.

[5]) v. Mayr S. 113; Plessen S. 16; Oertmann vor § 812 $2_{\alpha\beta}$ Motive S. 830.

gelassen werden. Das wird auch weder in Literatur und Rechtsprechung noch in Motiven und Protokollen bestritten [6]).

Um den Umfang und somit die Bedeutung des Besitzbereicherungsanspruchs aufzuzeigen, wird zunächst weiterhin vom § 812 I BGB., der das grundlegende, allgemeine Prinzip des Bereicherungsanspruchs enthält, auszugehen sein. Ferner wird einiges über den Gegenstand des Besitzbereicherungsanspruchs gesagt werden müssen. Damit ist aber die gestellte Aufgabe noch nicht erfüllt. Es besteht durchaus die Möglichkeit, daß in den Fällen, in denen nach § 812 BGB. grundsätzlich eine c. p. gegeben sein würde, diese durch das Bestehen anderer Ansprüche ausgeschlossen wird, sei es, daß die Bereicherungsklagen im allgemeinen hinter anderen Ansprüchen zurückzutreten haben, daß sie subsidiär sind, sei es, daß die c. p. im besonderen durch andere Ansprüche ausgeschlossen wird.

Es muß gleich hier bemerkt werden, daß die hier angeschnittene, später zu untersuchende Frage der Konkurrenz des Besitzbereicherungsanspruchs mit anderen Ansprüchen nur dann überhaupt gegeben ist, wenn diese anderen, neben der c. p. bestehenden Ansprüche, den Besitzbereicherungsanspruch nicht begrifflich ausschließen, wenn sie nicht durch ihr Bestehen die zum Tatbestand des Bereicherungsanspruchs notwendige Voraussetzung der Bereicherung oder des Erlangens auf Kosten eines anderen verneinen. Auf diese Frage wird bei dem ersten Teil der Untersuchung, die von dem im § 812 BGB. ausgesprochenen Grundsatz ausgeht, eingegangen werden.

Da der Begriff des Besitzes auch den mittelbaren Besitz umfaßt, und dieser ebenfalls und zwar im wesentlichen dieselbe Rechtsposition wie der unmittelbare Besitz gewährt, kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch der mittelbare Besitz Gegenstand des Bereicherungsanspruchs sein kann [7]). Im übrigen wird bei Behandlung des Gegenstandes des Bereicherungsanspruchs auf die Frage des mittelbaren Besitzes zurückzukommen sein.

Sehr bestritten ist dagegen, ob auch die Stellung des Besitzdieners als ein Etwas Gegenstand des Bereicherungsanspruchs sein kann, ob mithin auch dem Besitzdiener eine condictio im eigenen Namen zur Wiedererlangung seiner alten Stellung gegeben ist. Dafür haben sich Runge [8]), Plessen [9]) und das Reichsgericht [10]) ausgesprochen, dagegen v. Mayr [11]).

---

[6]) OLG. Rspr. Bd. 14, 32; RGE. 94 S. 253; Oertmann vor § 812 2$\alpha\beta$; Enneccerus I 2, 612 Anm. 2; Gierke Bd. 3 S. 1001; Warneyer S. 1278; Warn. Rspr. 1912 Nr. 98; Windscheid-Kipp II S. 868 Anm. 7; v. Mayr S. 113; Plessen S. 16: Motive S. 830; Stück S. 13; a. M. allein, allerdings nur für das gemeine Recht, Witte S. 41.

[7]) vgl. die ausführl. Abhandlungen bei v. Mayr S. 144 ff.

[8]) S. 20.

[9]) S. 36.

[10]) Recht 1918 Nr. 230.

[11]) v. Mayr S. 157.

Runge wählt folgendes Beispiel: Ein Soldat gibt seine Dienstuniform, bezüglich deren er, wie allgemein anerkannt ist, nur die Besitzdienerschaft innehat, zum Schneider. Der Schneider gibt die Uniform aus irgendeinem Grunde nicht heraus. Daß in diesem Falle die Frage einer condictio von Bedeutung sein kann, muß einleuchten, denn einen Vertragsanspruch gegen den Schneider wird für gewöhnlich der Soldat nicht haben, sondern lediglich der Fiskus. Notwendig für einen Bereicherungsanspruch ist aber, daß die Besitzdienerschaft zum mindesten eine Rechtsposition gewährt.

Der einzige Fall, in dem die Rechtsordnung der Besitzdienerschaft eine Rolle zuweist, ist der des § 860 BGB. Danach kann der Besitzdiener für seinen Herrn die diesem gegen verbotene Eigenmacht zustehenden Rechte geltend machen, die ihrer Natur nach, wie S. 6 ausgeführt, wohl geeignet sind, eine rechtliche Wertbarkeit darzutun. Die Eigenmachtsansprüche des Besitzdieners sollen aber nicht die Besitzdienerschaft, sondern den Besitz schützen. Der Umstand, daß an den Tatbestand der Besitzdienerschaft das Recht zur Geltendmachung von Ansprüchen, die sich überhaupt nicht auf das Besitzdienerverhältnis beziehen, geknüpft ist, sagt aber nicht das Geringste dafür aus, daß die Besitzdienerschaft, für sich betrachtet, rechtlichen Wertungen unterworfen ist.

Dem Besitzdiener selbst wird also eine Rechtsposition nicht gewährt; eine condictio kann ihm demgemäß auch nicht eingeräumt werden.

Eine andere Frage wäre die, ob dem Besitzdiener nach analoger Ausdehnung des § 860 BGB. das Recht zusteht, für den Besitzherrn den Bereicherungsanspruch geltend zu machen. Das muß verneint werden. § 860 BGB. erkennt für einen besonderen Fall ein gesetzliches Vertretungsrecht an und ist als Ausnahmevorschrift einer analogen Ausdehnung nicht fähig.

Weiter sei untersucht, ob im Falle der Besitzstörung eine c. p. denkbar ist.

Versteht man unter Besitzstörung jede auf rein tatsächlichem Akt beruhende Besitzbeeinträchtigung [12]) mit Ausnahme der Besitzentziehung, sei es auch nur des kleinsten Teilbesitzes [13]), so wird man eine c. p. niemals anerkennen können [14]).

Die Folgerung, daß, wenn eine condictio bei Besitzentziehung auf Rückgabe des Besitzes gegeben sei [15]), auch eine solche bei Besitzstörung auf Wiederherstellung des Besitzes gerechtfertigt sei, ist nicht zu halten. Der Störer hat ja nicht Teile des Besitzes erlangt, um die

---

[12]) Gemeint ist der Gegensatz zu einer Besitzbeeinträchtigung durch Grundbucheintrag, vgl. S. 9.

[13]) Wolff, Sachenrecht § 17 I.

[14]) v. Mayr S. 140; Runge S. 14.

[15]) Ob das mit Rücksicht auf den diesenfalls gegebenen Eigenmachtsanspruch überhaupt der Fall ist, wird bei der Konkurrenz der Ansprüche (S. 31 f.) zu untersuchen sein.

er bereichert sein würde und die zurückgefordert werden könnten. Er benutzt nur durch die störende Handlung fremden Besitz. Bereichert sein kann er allenfalls nur durch die Nutzung des fremden Besitzes, also die Folgen der Störung, nicht durch die Störung selbst. Der Gestörte könnte also vielleicht mit dem Bereicherungsanspruch die bereichernden Folgen der Störung herausverlangen, soweit er geschädigt ist, nicht aber kann er Wiederherstellung seines Besitzes fordern. Damit fällt die condictio gegen den Besitzstörer aus dem Rahmen unserer Abhandlung, eine c. p. ist sie nicht.

Ein Beispiel mag das Gesagte erläutern: A. hat, ohne dazu berechtigt zu sein, durch das Grundstück des Besitzers B. einen Graben gezogen, um die Abwässer seines Grundstückes abzuleiten, für die er sonst notwendig eine Zisterne hätte anlegen müssen. Geschädigt ist das Vermögen des B. durch die in der Handlung des A. liegende Störung des Besitzes. Bereichert ist A. nicht um den Graben, den er ja gar nicht besitzt, sondern nur durch dessen Benutzung, weil er dadurch Ausgaben erspart. B. könnte also mit einer condictio nicht die Beseitigung des Grabens fordern, weil eben insofern keine Bereicherung vorliegt. Auch könnte er mit einem Bereicherungsanspruch nicht von A. die Unterlassung der Benutzung des Grabens verlangen, denn die Absicht weiterer widerrechtlicher Benutzung ist noch keine Bereicherung. Ein Anspruch läßt sich allenfalls bezüglich der bisher gesparten Ausgaben rechtfertigen.

Wie schon auf der vorigen Seite in Anm. 12 angedeutet wurde, läßt sich eine Besitzstörung auch auf Grund einer grundbuchlichen Eintragung denken. Die dem Besitzer eines Grundstücks zustehende tatsächliche Gewalt wird durch den ungerechtfertigten Eintrag einer Grunddienstbarkeit oder beschränkt persönlichen Dienstbarkeit beeinträchtigt.

§ 1029 BGB. gewährt dem Besitzer eines Grundstücks den Besitzschutz gegen Störung einer für den Eigentümer dieses Grundstücks eingetragenen Dienstbarkeit an einem anderen Grundstück, ganz einerlei, ob der Eintrag dieser Dienstbarkeit berechtigt war oder nicht, wenn nur diese Dienstbarkeit im Laufe des letzten Jahres einmal ausgeübt worden ist. Denselben Schutz genießt derjenige, für den eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen ist (§ 1090 BGB.) oder derjenige, der sie ausübt, wenn die Ausübung ihm im besonderen oder ganz allgemein anderen als den Berechtigten gestattet ist (§ 1092 BGB.). Damit ist die Ausübung der tatsächlichen Gewalt dem Besitzer des dienenden Grundstücks in gewisser Hinsicht begrenzt; er ist geschädigt.

Eine Besitzbeeinträchtigung durch den falschen Eintrag anderer dinglicher Rechte als der genannten, etwa des Nießbrauchs, ist nicht möglich. Eine solche Beeinträchtigung liegt erst vor, wenn der fälschlich Eingetragene auf Grund seines angeblichen Rechtes etwa den Besitz des Grundstücks zu erlangen sucht. Dann liegt die Beeinträchtigung aber erst in diesem Handeln, das durch den falschen Eintrag

motiviert sein mag, ohne daß dieser selbst aber die Beeinträchtigung bedeutet.

Der Eintrag einer Dienstbarkeit — ganz einerlei, ob sie tatsächlich besteht oder nicht — gibt dem aus der Eintragung Legitimierten eine Rechtsposition. Daran ist kein Zweifel. Ist diese Rechtsposition ohne rechtlichen Grund erlangt, so könnte an eine condictio gedacht werden. Dem steht aber das Bedenken entgegen, daß die Eintragung im Grundbuch im Interesse des Verkehrs einen stärkeren Schutz verdient als die Tatsache des Besitzes. Der Geschädigte wird also gegenüber der unrechtmäßigen Eintragung einer Dienstbarkeit sich nicht lediglich auf seinen beeinträchtigten Besitz stützen können. Dieser Auffassung entspricht auch die Fassung des § 894 BGB. Hier wird der Berichtigungsanspruch nur dem gewährt, dessen e i n t r a g b a r e s Recht durch falschen Grundbucheintrag beeinträchtigt wird.

Es wurde eben gesagt, daß unter ganz bestimmten Voraussetzungen bei den Dienstbarkeiten ein Besitzschutz gewährt wird (§§ 1029, 1090, 1092 BGB.). Es liegt die Frage nahe, ob bezüglich der Grunddienstbarkeit unter den angegebenen Verhältnissen der Besitzer des herrschenden Grundstücks, bezüglich der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit der eingetragene Berechtigte bzw. berechtigterweise Ausübende eine Art Besitz hat.

Im allgemeinen wird betont, daß unserem Rechte die Annahme eines Rechtsbesitzes fremd ist [16]). Wenn aber in den Fällen der §§ 1029 bzw. 1090 Besitzschutzansprüche und fernerhin, was hinzugefügt werden muß, die beim Besitz eines Grundstücks mögliche Buchersitzung (§ 900 Abs. 2 BGB.) gegeben sind, ist die Folgerung naheliegend, daß dem Wesen des Besitzes gleichgeartete Verhältnisse vorliegen, die wohl als eine besondere Art des Besitzes bezeichnet werden können [17]). Allerdings ist die Bezeichnung Rechtsbesitz irreführend [18]).

Nach unserer Auffassung ist Besitz die Innehabung der tatsächlichen Gewalt. Von dieser Begriffsbestimmung kann nicht abgegangen werden, ohne das Wesen des Besitzes zu ändern. Tatsächliche Gewalt an einem Rechte als der Bezeichnung eines Verhältnisses von Person zu Person oder von Person zu einer Sache — nur letzteres kommt bei der Dienstbarkeit in Frage — ist aber logisch nicht denkbar. Der Besitz bei einer Dienstbarkeit kann also nur sein: die Innehabung der tatsächlichen Gewalt über das dienende Grundstück im Ausmaß der durch die Dienstbarkeit gewährten Berechtigung [19]).

Diese Definition bedeutet dann nichts besonderes, wenn der Berechtigte auf Grund der Dienstbarkeit einen Teilbesitz im Sinne des § 865 BGB. an dem dienenden Grundstück hat, etwa dann, wenn er

---

[16]) vgl. Prot. III S. 319.

[17]) F. Kniep: Der Besitz des BGB. S. 1 f.; Wolff, Sachenrecht § 24.

[18]) Es soll trotzdem im folgenden der Kürze halber der Ausdruck Rechtsbesitz bzw. Dienstbarkeitsbesitz beibehalten werden.

[19]) so auch dem Sinne nach Mot. Bd. 3 S. 490.

auf diesem einen Anbau zu der auf dem herrschenden Grundstück befindlichen Fabrik hat. Hier sind für den Dienstbarkeitsbesitzer die Ansprüche aus dem Dienstbarkeitsbesitz zugleich Ansprüche aus dem Besitz nach allgemeinen Voraussetzungen. Dieser Fall kann uns, da er das Wesen des Dienstbarkeitsbesitzes nicht klar legt, nicht weiter interessieren.

Unsere Begriffsbestimmung besagt aber dann etwas außergewöhnliches, wenn die Dienstbarkeit nur zur Benutzung oder Einwirkung auf das dienende Grundstück in bestimmten Richtungen berechtigt, wie etwa im Falle einer durch Dienstbarkeit auferlegten Baubeschränkung oder der Berechtigung, das dienende Grundstück als Zugang zur Straße zu benutzen.

Die Möglichkeit dei Innehabung tatsächlicher Gewalt über eine Sache in Bezug auf bestimmte Benutzungen oder Einwirkungen auf die Sache widerspricht einigermaßen unserer heutigen natürlichen Auffassung des Besitzes. Man wird also den durch Gesetz festgelegten besonderen Begriff des Dienstbarkeitsbesitzes denkbar eng auslegen müssen und sein Vorhandensein streng von der Erfüllung der in § 1029 bzw. §§ 1090 und 1092 BGB. geforderten Bedingungen abhängig machen müssen.

Eine ungerechtfertigte Bereicherung um diesen Dienstbarkeitsbesitz ist also danach bei der Grunddienstbarkeit nur dann möglich, wenn der Bereicherte den Besitz des herrschenden Grundstücks ungerechtfertigt erlangt hat, und die Dienstbarkeit im Laufe eines Jahres einmal ausgeübt war. Zurückgefordert werden kann demnach der Grunddienstbarkeitsbesitz auch nur mit Rückforderung des Besitzes am herrschenden Gurndstück. Der Wiedererlangung dieses Besitzes folgt die Erlangung des Rechtsbesitzes ohne weiteres. Der Grunddienstbarkeitsbesitz ist, wie sich daraus ergibt, ein bloßer Bestandteil des Besitzes am herrschenden Grundstück [20]) und folgt diesem automatisch. Für einen besonderen, auf den Grunddienstbarkeitsbesitz gehenden Bereicherungsanspruch ist danach kein Raum.

Der Besitz der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann, wenn ihre Ausübung nicht übertragbar ist, nur dadurch ungerechtfertigt erlangt werden, daß für den Bereicherten fälschlich die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen wird, ohne daß er der Berechtigte geworden ist, etwa, weil die Einigung fehlt, und daß die Dienstbarkeit im Laufe eines Jahres vor der Störung einmal ausgeübt wurde. Ist von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gemäß § 1092 die Uebertragung der Ausübung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an eine bestimmte Person gestattet, so kann diese ungerechtfertigt in den Besitz der Dienstbarkeit kommen, ist die Ueberlassung der Ausübung ganz allgemein gestattet, so kann jeder Beliebige ungerechtfertigter Besitzer sein.

---

[20]) vgl. Wolff, Sachenrecht § 24 II.

Daß im ersten der aufgeführten Fälle eine c. p. ausgeschlossen ist, ergeben die Ausführungen S. 9 f über die Besitzstörung durch Grundbucheintrag. Auch hier ist die Position auf Grund der Grundbucheintragung gegenüber der Besitzposition die stärkere.

Bei der Besitzentziehung ohne Grundbuchübertragung im Falle der Ausübungsüberlassung ist die c. p. von praktischer Bedeutung und begegnet nach den über das Wesen des Dienstbarkeitsbesitzes angestellten Untersuchungen, was die Annahme eines Etwas angeht, keinen Bedenken.

Die praktische Bedeutung der condictio in diesem Falle zeigt folgendes Beispiel: A., dem die Ausübung der persönlichen Dienstbarkeit übertragen, und der somit ihr Besitzer ist, überträgt die Ausübung gemäß § 1092 berechtigterweise weiter an B. Der zwischen A. und B. geschlossene Vertrag ist nichtig. Die einzige Möglichkeit für A., wieder in den Besitz der Grunddienstbarkeit zu kommen und den Besitzschutzmitteln des B. zu entgehen, ist die condictio.

Es bleiben noch die Fälle der Störung des Dienstbarkeitsbesitzes und der Entziehung des Dienstbarkeitsbesitzes, ohne daß der Entziehende den Rechtsbesitz erlangt, zu untersuchen. Eine freiwillige Aufgabe des Rechtsbesitzes, ohne Aufgabe der Dienstbarkeit, etwa auf Grund einer Vereinbarung, die Dienstbarkeit nicht auszuüben, ist nicht möglich. Würde diese Vereinbarung nichtig sein, könnte niemand die Geltendmachung der Besitzschutzrechte aus §§ 1029 bzw. 1090 hindern.

Die Fälle, in denen der Dienstbarkeitsbesitz in einem Teilbesitz am dienenden Grundstück besteht, scheiden bei dieser Untersuchung aus, wie oben S. 10 f begründet wurde: Die Ansprüche bei Entziehung bzw. Störung der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstücksteil sind Besitzansprüche nach allgemeinen Voraussetzungen und zeigen nichts der den Rechtansprüchen besonderen Bedingungen.

Immerhin gelangen wir in dem Falle, in dem die dem Rechtsbesitz zugrunde liegende tatsächliche Gewalt zur Begründung des gewöhnlichen Verkehrsbesitzes nicht ausreicht, zum entsprechenden Ergebnis. Wird der Rechtsbesitz lediglich gestört, so ist dem Geschädigten die ihm zustehende tatsächliche Gewalt auch nicht teilweise entzogen. Der Störer kann sie also in keinem Fall haben. Der Fall läßt sich demnach genau wie die Störung des Verkehrsbesitzes behandeln (S. 8 f.).

Ist die dem Rechtsbesitz zugrunde liegende tatsächliche Gewalt ganz oder teilweise entzogen, so kann niemals der Entziehende als solcher bereichert sein, weil eben in Hinsicht auf einzelne Benutzungsmöglichkeiten einer Sache, ohne die besonderen gesetzlichen Voraussetzungen, eine Gewaltausübung nicht möglich ist. Die den Rechtsbesitz ausmachende tatsächliche Gewalt kann sich nach der Entziehung notwendigerweise nur mit dem gewöhnlichen Besitz, von dem der Rechtsbesitz ein abgezogenes Stück tatsächlicher Gewalt ist, vereinigen. Der Verkehrsbesitz ist dann wieder zum vollen Herrschafts-

umfang gelangt. Daß dieser Teil, der dem durch den Rechtsbesitz eingeschränkten Besitz hinzugefügt wird, ein Etwas ist, kann nicht bezweifelt werden, und daß er rechtlicher Wertung unterliegt, zeigt der Umstand, daß gegen jeden, der es ohne rechtlichen Grund stört oder entzieht, ein Anspruch gemäß § 1029 und § 1090 besteht, bzw. daß die Ersitzungsmöglichkeiten gemäß § 900 Abs. 2 BGB. gegeben sind [21]).

Gegen die Zulässigkeit der c. p. in den letztangeführten Fällen des vorigen Abschnitts sind dennoch Zweifel, wenigstens in gewissem Umfange, denkbar. Eine condictio wäre nämlich nur dann gegeben, wenn, wenigstens für das erste Jahr nach Besitzentziehung, auch der Tatbestand der Eigenmachtsansprüche vorliegt. Abgesehen davon, daß, solange dem Berechtigten auch diese Ansprüche zustehen, der Bereicherungsanspruch keine große Bedeutung hat, muß die Frage aufgeworfen werden, ob nicht dadurch, daß auch andere Ansprüche zum gleichen — vielleicht auch nur wirtschaftlich gleichen [22]) — Ziel führen wie der Bereicherungsanspruch, dieser begrifflich ausgeschlossen wird, ob unter solchen Voraussetzungen der angeblich Bereicherte überhaupt etwas erlangt hat, bzw. ob der angeblich Geschädigte überhaupt geschädigt ist.

Eine, vor allem von v. Mayr [23]) vertretene Meinung will eine Bereicherung dann nicht anerkennen, wenn ein einbringlicher — oder besser: nicht uneinbringlicher — Anspruch auf Herausgabe des Erlangten oder auf Ersatz gegen einen Dritten gegeben ist, denn in ersterem Falle könne von einer Bereicherung und von einem Vermögensschaden als rein wirtschaftlichen Momenten und im zweiten Falle von einem Vermögensschaden nicht die Rede sein. Diese Auffassung kann nicht anerkannt werden. Einer Forderung wird man im geschäftlichen Leben, und sei sie auch noch so gut, niemals denselben Wert geben, den man dem durch Befriedigung der Forderung Erlangten beimißt. Selbst die gesichertste Forderung kann durch unvorhergesehene Zufälle nicht oder nur schwer eintreibbar sein [24]).

Allerdings wird beim Wechselbereicherungsanspruch (Art. 83 WO.) von vielen Seiten angenommen, daß er beim Zusammentreffen mit anderen auf Ausgleich des Verlustes gerichteten Ansprüchen gegen den Bereicherten oder Dritte ausgeschlossen ist. Dabei wird aber die selbständige Regelung des Wechselbereicherungsanspruchs gegenüber dem bürgerlich-rechtlichen betont [25]).

---

[21]) Anerkannt wird die c. p. beim Rechtsbesitz von v. Mayr S. 128.

[22]) Gedacht ist dabei an anderweite Ansprüche, die nur auf Ersatz des Wertes des bereichernden Gegenstandes, nicht auf diesen selbst gehen. (Vgl. folg. Abs.)

[23]) S. 356 ff., 370, 374 ff. i. V. mit S. 406.

[24]) vgl. Freund in Leonhards Studien Heft 17 S. 13; Stieve S. 93; RGE. 48 S. 142.

[25]) Staub-Stranz, Komm. z. WO., Art. 83 Anm. 7.

Den von v. Mayr hervorgehobenen Unterschied zwischen uneinbringlicher und wirtschaftlich gesicherter Forderung vermeidet Oertmann [26]. Er begründet den Ausschluß des bürgerlich-rechtlichen Bereicherungsanspruchs, wenn dem Geschädigten noch eine andere Forderung gegen den Bereicherten zusteht, damit, daß ja durch diesen anderen Anspruch der Berechtigte alles das habe, was ihm auch der Bereicherungsanspruch als solcher gewähre. Es sei unmöglich, den befriedigten Bereicherungsanspruch mit dem unbefriedigten Leistungsanspruch zu vergleichen und daraus ein Plus für jenen zu folgern. Dieser Einwand Oertmanns beruht auf einem logischen Fehler. Wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs geprüft werden sollen, kann niemals dieser Anspruch selbst in die Begründung hereingezogen werden, ob seine Voraussetzungen, aus denen er nur eine Folge ist, vorliegen oder nicht. Verglichen wird lediglich die Vermögenslage des Geschädigten vor und nach dem ungerechtfertigten Vermögensübergang. Es wird also festgestellt, daß vorher der angeblich Geschädigte einen bestimmten Gegenstand im Vermögen hatte. Diesen hat jetzt der In-Anspruch-Zu-Nehmende. Dafür hat aber der angeblich Geschädigte eine Forderung gegen diesen. Ist diese Forderung weniger wert als der abhanden gekommene Gegenstand, so liegt Bereicherung vor, und ein Bereicherungsanspruch ist denkbar.

Immerhin lassen — das ist für unsere Abhandlung wichtig — Oertmann und ebenso Mayr [27] die c. p. neben der Klage aus Eigentum zu, da der Besitzbereicherungsanspruch, eben weil er sich nur auf Besitz stützt, unter Umständen Beweisvorteile bietet. Der Bereicherungsanspruch würde, um mit Oertmann zu reden, in diesem Fall ein Plus gegenüber dem unbefriedigten Eigentumsanspruch bedeuten.

Mayr läßt neben der condictio auch den Anspruch aus unerlaubter Handlung zu [28].

Jung [29] will — was für den Tatbestand, von dem diese Untersuchung ausging [30], von besonderer Bedeutung ist — die c. p. dann ausschließen, wenn die Voraussetzungen für die Eigenmachtsansprüche gegeben sind, weil solange rechtlich nicht von einem Erlangen des Besitzes gesprochen werden könne.

Jung geht von dem zweifellos richtigen Satze aus, daß eine Person, der noch der aus einem absoluten Recht gewährte Anspruch zusteht, niemals dieses Recht kondizieren kann, denn solange sie noch den dinglichen Anspruch hat, hat sie ja auch noch das Recht. Die gleiche Rechtslage behauptet Jung beim Vorliegen der Eigenmachtsansprüche bezüglich des Besitzes. Seine Auffassung erklärt sich aus der von ihm vertretenen Rechtsnatur des Besitzes. Ebenso wie das Bestehen anderer Rechte, wie z. B. des Eigentums, nicht von dem

---

[26]) Vorbem. zu § 812 Nr. 4.
[27]) S. 388.
[28]) S. 359 ff.
[29]) S. 42 f. Ihm schließt sich an v. Mayr S. 170.
[30]) S. 12 f. dieser Abhandlung.

Bestehen der ihm gemäßen tatsächlichen Genußlage abhängig ist, soll nach Jung auch der Besitz, wenn auch nicht in dem Maße wie andere Rechte, von dieser Genußlage unabhängig sein [31]).

Daß diese Ableitung nicht zutrifft, ergibt § 861 BGB., der davon spricht, daß derjenige, dem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde, Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen könne, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Die Bestimmung sagt also, daß der eigenmächtig Handelnde den Besitz der Sache hat, auch im Verhältnis zum Geschädigten. Diesem unzweideutigen Wortlaut gegenüber würde es verfehlt sein zu behaupten, daß trotzdem der Geschädigte, wenn auch nicht formell, so doch wenigstens materiell im Verhältnis zum Bereicherten der Besitzer geblieben sei, was man damit zu begründen versuchen könnte, daß dem neuen Besitzer gegenüber dem Geschädigten nicht der Besitzschutz, sowie die Eigentumsvermutung des § 1006 zur Seite steht. Einerseits würde man mit dieser Behauptung unserem Gesetz eine Zweideutigkeit im Ausdruck unterschieben, die nicht ohne zwingendste Gründe angenommen werden kann, andererseits zeigen aber auch andere Gesetzesbestimmungen, daß der eigenmächtig Handelnde einen, auch dem Geschädigten gegenüber wirksamen Besitz hat. Nach § 955 BGB. erwirbt der neue Besitzer, sofern er gutgläubig ist, auch dem ehemaligen Besitzer gegenüber das Eigentum an den Früchten. Ebenso kann auch dem alten Besitzer gegenüber gemäß §§ 929, 930, 932—934 BGB. Eigentum wirksam übertragen werden. § 935 steht dem nicht entgegen, denn nach dieser Bestimmung genießt nur der Eigentümer als solcher Schutz für den Fall, daß ihm die Sache gestohlen, verloren oder sonstwie abhanden gekommen ist.

Die Ansicht Jungs muß also abgelehnt werden. Trotz der Ansprüche aus verbotener Eigenmacht sind grundsätzlich die Voraussetzungen der c. p. gegeben [32]). Eine andere Frage ist die, um das hier nochmals deutlich zu machen, ob etwa die condictio beim Zusammentreffen mit den Eigenmachtsansprüchen als Konkurrenzanspruch auszuschließen ist [33]).

Weitergehend als die Auffassung Jungs ist die von Endemann [34]), der ganz allgemein erst dann annimmt, daß der In-Anspruch-genommene etwas erlangt hat, wenn gegen ihn keine dinglichen Ansprüche mehr gegeben sind. Eine Begründung gibt Endemann nicht. Was dagegen spricht, ist im Vorhergehenden zur Genüge dargetan.

Neben dem Vertragsanspruch auf die Gegenleistung kann eine condictio nicht anerkannt werden. Hier liegt allerdings das Problem insoweit anders, als die condictio nicht wegen Vorliegens

---

[31]) Jung S. 44 Anm. 79.

[32]) so h. M. u. a. Runge S. 7; Plessen S. 66; Stück S. 13; Planck vor § 812, 5.

[33]) vgl. unten 31.

[34]) Einführung in das Recht des BGB. S. 1237.

weiterer Ansprüche, sondern aus einem anderen Grunde verneint werden muß.

Ein Beispiel soll die Problemstellung und ihre Bedeutung für unsere Abhandlung zeigen: A. vermietet dem B. eine Sache gegen vorherige Zahlung eines bestimmten Betrages. B. leistet, A. aber nicht.

Plessen [35]), der der Hauptverfechter einer condictio in solchem Falle ist, begründet seine Ansicht damit, daß es, wie S. 5 f. schon angeführt wurde, im Bereicherungsrecht nicht auf das Erlangen, sondern auf das Haben ohne rechtlichen Grund ankommt. Der Schuldner, der bereits die Gegenleistung erhalten hat, habe eben den von ihm zu liefernden Gegenstand ohne rechtlichen Grund und sei um ihn bereichert. Plessen übersieht aber, daß, wenn auch für die Frage des rechtlichen Grundes das Haben allein ausschlaggebend ist, dennoch das Kriterium des Erlangens bezüglich des bereichernden Etwas bzw. des Gegenstandes, für das es Surrogat ist, als notwendiger historischer Vorgang hinzukommen muß, um einen Anspruch zu gewähren [36]), denn § 812 Satz 2, auf den Plessen seine Ansicht stützt, lehnt sich eng an Satz 1 an und nimmt auf ihn Bezug. Im übrigen ergibt das auch § 818 Abs. 1, der lediglich von erlangten Rechten und Gegenständen spricht [37]).

Wohl aber kann die condictio grundsätzlich neben dem Rückforderungsanspruch aus Vertrag bestehen. Denn wenn dieser Rückforderungsanspruch auch das Vorhandensein des Vertrages voraussetzt, so ist damit doch nicht gesagt, daß der Bereicherte den herauszugebenden Gegenstand noch auf Grund des vertraglichen Rechtsgrundes besitzt [38]).

Von Bedeutung im Rahmen dieser Abhandlung ist auch die Frage, ob die condictio nur in Fällen unmittelbarer Vermögensverschiebung zwischen Geschädigtem und Bereichertem Platz greifen kann.

Zwei Beispiele: Der Besitzer A. vermietet eine Sache an B. Der Mietvertrag ist nichtig. B. gibt die Sache weiter an C., der sie ebenfalls ohne Rechtsgrund besitzt. Kann A. die Sache von C. herausfordern oder kann er es, da C. nur mittelbar auf Kosten A.s bereichert ist, nicht?

Ferner: B. findet eine Sache, die der Besitzer A. verloren hat. Kann A. sie condicieren, oder muß man sagen, B. hat sie nicht unmittelbar auf Kosten A.s erlangt? [39])

---

[35]) S. 23, ferner Kahn S. 80.

[36]) Hartmann S. 232; Runge S. 15.

[37]) Gegen Plessen: Planck, Vorbem zu § 812 Nr. 5; RGR.-Komm. § 812, 7δ; Oertmann vor § 812, 4, Vorbem. § 812 Nr. 4; Lent S. 324 f

[38]) a. M. Planck Vorbem. § 812 Nr. 5; RGR.-Komm. § 812, 7b; JW. 08 S. 403 Nr. 104.

[39]) Für condictio: Runge S. 18; Kahn S. 80/81; Enneccerus I 2 § 441 II 4; Hedemann S. 79 ff.; Leonhard S. 94 Tit. VIII, II A. 3 B.

Gegen die condictio im Falle mittelbarer Bereicherung wird vor allem der Wortlaut des § 812 Satz 1 angeführt und zwar die Worte „auf Kosten". Der mittelbar Bereicherte, wird gesagt, erlange den Gegenstand nicht auf Kosten des Geschädigten, denn aus dessen Vermögen sei er schon vorher ausgeschieden.

Weiterhin wird behauptet, daß die Ausnahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. und § 822 BGB. die Regel bewiesen, daß in anderen Fällen eine mittelbare Bereicherung nicht zum Anspruch berechtigte.

Die angeführten Begründungen überzeugen nicht. Die Worte „auf Kosten" des § 812 Abs. 1 Satz 1 können auch so gedeutet werden, daß damit lediglich der Kausalzusammenhang zwischen dem Verlust auf der einen und der Bereicherung auf der anderen Seite hervorgehoben werden soll [40]). Man wird sich also bei einfacher Betrachtung des Wortlauts der angezogenen Gesetzesbestimmung kaum zur Entscheidung in einem der angeführten Sinne entschließen können.

Zum Beweis für die engere Begrenzung des Bereicherungsanspruchs einen Gegenschluß aus dem § 816 Abs. 1 Satz 2 und § 822 BGB. abzuleiten, ist unberechtigt. Diese Bestimmungen wollen ganz allgemein einen mittelbaren Bereicherungsanspruch gegen Dritte geben, einerlei, ob die Bereicherung mit oder ohne rechtlichen Grund erlangt ist. Man kann also aus ihnen auch nicht entnehmen, daß sie ausschließlich die Fälle des Bereicherungsanspruchs wegen mittelbarer u n gerechtfertigter Bereicherung bestimmen und begrenzen wollen.

Immerhin könnte doch der Wortlaut des § 822 zu starken Bedenken Anlaß geben und für eine Begrenzung sprechen. Es heißt am Schluß: So ist ... der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erlangt habe. Man könnte sagen, wenn die Anerkennung mittelbarer Bereicherung selbstverständlich wäre, würden die Worte „von dem Gläubiger" völlig unnötig sein. Da sie aber angefügt seien, müsse grundsätzlich auf Begrenzung der condictio auf die unmittelbare Bereicherung geschlossen werden.

Gegen diese Beweisführung ist einzuwenden, daß der ganze Nachsatz eine Fiktion enthält, die lediglich der Verdeutlichung der

---

Für condictio, wenigstens im zweiten Falle: v. Mayr S. 390, der im übrigen für Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung ist, darunter aber versteht, daß sie nicht durch Umweg über ein anderes Vermögen erfolgt. Im übrigen konkurriert im zweiten Falle die condictio zumeist mit § 1007 BGB., wird also, wenn überhaupt daneben zulässig (vgl. unten S. 31 f.), praktisch nicht viel Bedeutung haben. — Ganz allgemein gegen die condictio h. M. Vgl. Bunsen S. 87; Lent S. 340; Stück S. 26; RGE. 66, 80; 92, 77, 82; 81, 265; JW. 05 S. 80, 08 S. 432; RGR.-Komm. § 812; Jung S. 145. Den mittelbaren Bereicherungsanspruch, wenigstens in einem spez. Fall anerkennend, Oertmann Recht 1915 S. 510 ff.

[40]) Enneccerus I 2 § 441 II 4.

Rechtslage dient. Es liegt nahe, in solchem Falle ein möglichst geläufiges Beispiel zu wählen, ohne daß daraus irgendwelche Folgerungen gezogen werden können.

Aus dem Gesetz läßt sich nach alledem weder die begrenzende noch die erweiternde Auffassung mit unbedingter Sicherheit ableiten. Für die erweiternde sprechen aber zwingende Gründe der Billigkeit.

Bei dem ersten Beispiel, das zu Anfang dieses Abschnittes gegeben wurde, ließe sich allerdings einwenden, daß es sich um einen verhältnismäßig seltenen Fall handelt. Fälle, in denen die Begrenzung des Bereicherungsanspruchs durchaus unbillig wirkt, lassen sich aber in genügender Anzahl finden [41]). Ein besonders krasses Beispiel sei hier noch erwähnt, nämlich das, daß A. als Beauftragter des B., ohne daß das Auftragsverhältnis kenntlich ist, mit C. einen Vertrag abschließt. C. leistet an A., der die Leistung an B. weitergibt. Der Vertrag zwischen A. und C. sei nichtig. Wollte man die Bereicherung auf den unmittelbaren Vermögensübergang beschränken, würde C. niemals seine Leistung rückfordern können [42]). Mayr [43]) will, trotz Verfechtung der einengenden Auffassung, in diesem Falle dem Geschädigten die condictio gewähren. B. ist nach seiner Ansicht deshalb unmittelbar bereichert, weil er mit Erlangung des Gegenstandes durch A. einen Herausgabeanspruch gegen ihn erworben hat. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß der Gegenstand zunächst in das Vermögen des A. gelangt ist, sonst wäre der Anspruch des B. gar nicht entstanden [44]).

Das unbillige Ergebnis ist in diesem Fall also nur dadurch zu umgehen, daß man die condictio auch gegen den mittelbar Bereicherten anerkennt. Dagegen bestehen, wie gezeigt wurde, keine gesetzlichen Hinderungsgründe.

Ueber das, was nach § 812 BGB. unter dem Begriff des rechtlichen Grundes zu verstehen ist, kann ganz allgemein jedenfalls das gesagt werden, was schon oben S. 4 ff. ausgeführt wurde, daß es bei der Bestimmung, ob eine Bereicherung ungerechtfertigt ist, lediglich darauf ankommt, ob der Bereicherte auf den Vermögensvorteil ein Recht hatte, daß das Bereicherungsrecht nicht dem Schutz gegen gesetzwidriges Verhalten dient, so daß dieses als solches für die Rechtswidrigkeit der Bereicherung ohne Bedeutung ist. Damit ist aber nicht gesagt, daß das gesetzwidrige Verhalten etwa für das Bereicherungsrecht gänzlich belanglos wäre. In mittelbarer Weise übt es häufig seinen Einfluß auf das Bereicherungsrecht aus, nämlich dann, wenn die Rechtsordnung besonders bestimmt, daß die Innehabung eines

---

[41]) Enneccerus a. a. O.

[42]) Allerdings unter besond. Voraussetzungen nach § 826 BGB.

[43]) S. 219 ff.

[44]) Konsequent lehnen den Bereicherungsanspruch deshalb hier ab: RGR.-Komm. a. a. O. RGE. 92 S. 83; 94 S. 92.

erlangten Vermögensvorteiles, eben um des mißbilligten Verhaltens willen unrechtmäßig sein soll[45]).

Zu den Vorschriften, die eine Reaktion der Rechtsordnung auf das Verhalten einer Person bedeuten, gehören auch, wie oben S. 6 betont, die über verbotene Eigenmacht. Wenn auch aus ihnen entnommen wurde, daß der Besitz ein vom Recht gewerteter Gegenstand ist, weil die Eigenmachtsansprüche vom Verschulden des Handelnden unabhängig sind, so folgt daraus doch nicht ohne weiteres, daß die Innehabung des durch eigenmächtiges Handeln erlangten Besitzes materiell ungerechtfertigt sein müsse, selbst wenn der Bereicherte einen Anspruch auf den Besitz haben sollte.

Daß der Besitz in diesem Falle ungerechtfertigt und kondizierbar sei, behauptet Bruns[46]). Er meint, wenn auch der eigenmächtig Handelnde ein Recht auf den Besitz haben mag, so habe er doch kein Recht darauf, den Besitz ohne oder vor Beweis seines Rechtes zu erlangen. Er schaffe sich durch die Eigenmacht wesentliche Besitzvorteile, die er nicht beanspruchen könne, denn selbst wenn er den Beweis seines Rechtes führte, würde doch erst mit dem Urteil der rechtliche Grund für das faktische Haben des Besitzes eintreten, das vorherige Haben immer rechtlos sein. Demgegenüber ist es allgemeine Ansicht, daß das Urteil, durch welches der Beweis des Rechtes des Bereicherten auf den Besitz der Sache festgestellt wird (§ 864 Abs. 2 BGB.), lediglich deklaratorische Bedeutung hat, mithin das Recht zum Besitze von dem Tatbestand der verbotenen Eigenmacht völlig unabhängig ist[47]).

Ueber diese negative Umschreibung des rechtlichen Grundes, daß er sich nämlich nicht unmittelbar auf das Verhalten des Bereicherten bezieht, hinaus, ist des öfteren versucht worden, ihn einheitlich zu bestimmen. Zu einer befriedigenden Lösung haben diese Versuche nicht geführt. Entweder sind die aufgestellten Grundsätze so weit gefaßt, daß sie praktisch wertlos sind, oder aber, bei konkreterer Formulierung, vermögen sie die Vielgestaltigkeit des Bereicherungsrechts nicht zu erschöpfen[48]).

Der bedeutsamste Versuch der einheitlichen Bestimmung des Rechtsgrundes ist der von Jung[49]). Zusammengefaßt lautet sein

---

[45]) vgl. §§ 135, 136, 138 BGB. und nach Anfechtung § 123 BGB.

[46]) S. 203/4.

[47]) v. Mayr S. 173; Wach I S. 7 n. 7; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 210 n. 5., und Zivilprozeßrecht S. 250 n. 15. Gegen Bruns ferner Jhering, Ueber den Grund des Besitzschutzes S. 168 u. h. M.

[48]) vgl. Mot. II S. 829; Collatz S. 40; Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes; Stammler S. 153 ff.; Endemann Bd. I S. 894. — Gegen Aufstellung eines einheitlichen Grundsatzes u. a. Enneccerus I 2 § 442; Oertmann § 812, 1b π; Planck § 812 I 3.

[49]) S. 55, 72 und zusammenfassend S. 129. Aehnlich wie Jung: v. Mayr S. 428 ff.; Plessen S. 45.

Grundsatz, daß rückgängig zu machen sind diejenigen Vermögensverschiebungen, welche sich vollziehen, ohne eine Einwirkung auf die relativen rechtlichen Beziehungen der beiden Beteiligten — bzw. nur des Empfängers, im Falle der Bereicherung durch Leistung [50]) — zu haben.

So wertvolle Anhaltspunkte dieser Satz in vielen Beziehungen bieten mag, so zeigt doch gerade ein Blick auf den Besitzbereicherungsanspruch, daß er unzulänglich ist.

Das mag an einem Beispiel gezeigt werden: A. findet eine Sache des B. und ist gemäß § 973 BGB. ihr Eigentümer geworden. Nach § 977 BGB. kann B. innerhalb dreier Jahre das Eigentum kondizieren. Würde er aber lediglich den Besitz der Sache herausfordern, so würde A. der c. p. mit Recht entgegenhalten können, daß er, solange er Eigentümer ist, und der Gegner keinen speziellen Rechtsgrund zum Besitze habe, die Sache mit rechtlichem Grunde besitze.

Zu folgern ist daraus: Rechtsgrund für den Besitz ist auch ein absolutes Recht, das zum Besitze einer Sache berechtigt [51]).

Möglich ist es, daß die Berechtigung zum Besitze einer Sache sich aus zwei Gründen ergibt. Auch das mag ein Beispiel zeigen: A. überträgt in Erfüllung eines Kaufvertrages das Eigentum an einer Sache gemäß § 929 Satz 1 BGB. an B. Ist der Kaufvertrag nichtig, so kann der Besitz nicht kondiziert werden, solange B. noch Eigentümer der Sache ist. Ist aber der Vertrag gültig und die Eigentumsübertragung nichtig, so kann dem Besitzbereicherungsanspruch entgegengehalten werden, daß der Bereicherte auf Grund des obligatorischen Vertrages ein Recht auf das Eigentum an der Sache habe, infolgedessen auch, als ein Minus, ein Recht auf den Besitz.

Es handelt sich in diesem letzten Falle nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, um eine exceptio doli mit der bekannten Begründung: dolo facit, qui petit quod redditurus est. Wenn die Sache dem A. durch B. gestohlen und von B. an C. auf Grund gültigen Kaufvertrages, aber wegen § 935 BGB. ohne Uebergang des Eigentums übergeben wurde, so steht dem C., abgesehen von der etwaigen Einrede, daß er nicht bereichert sei, auch die oben im Text erwähnte aus dem Vertrage mit B. zu, da es ja, wie S. 37 angeführt, in Fällen der „Bereicherung durch Leistung“ lediglich darauf ankommt, daß in den relativen Beziehungen des B e r e i c h e r t e n sich die Bereicherung rechtfertigt [52]). Daß in dem angeführten Beispiel von einem dolosen Verhalten des bestohlenen Eigentümers die Rede sein könnte, wird niemand behaupten.

Man könnte das Bedenken haben, daß die beiden angeführten, den Besitz rechtfertigenden Gründe sich ihrem Sinne nach widersprächen. Man würde vielleicht sagen: Wenn der Bereicherte sich zur Rechtfertigung seines Besitzes auf einen obligatorischen Anspruch

---

[50]) A. M. Oertmann, Recht 1915 S. 512—514.

[51]) Bunsen S. 88; Bolze, Arch. ziv.Prax. 79 S. 210.

[52]) Vgl. auch Enneccerus I 2 § 442 II 1.

stützen kann, auf Grund dessen er ein Recht, in dem die Befugnis zum Besitze enthalten ist, zu fordern vermag, müsse auch umgekehrt der Geschädigte den Besitz der Sache herausfordern können, wenn er einen Anspruch auf ein dingliches Recht habe, das zum Besitz der Sache berechtigt [53]).

Diese Bedenken sind nicht gerechtfertigt. Es ist durchaus möglich, daß Bereicherter und Geschädigter eine Rechtsstellung einnehmen, die an sich zum Besitz der Sache berechtigen würde. Es kann bei Prüfung der Voraussetzungen der condictio aber nur darauf ankommen, ob der Bereicherte einen Rechtsgrund hat oder nicht.

v. Mayr begründet die Möglichkeit einer c. p. bei gültiger Eigentumsübertragung, aber ungültigem Kausalgeschäft, damit, daß der Eigentümer sich ebenso wie auf die Besitzverlustklage statt auf die rei vindicatio, auch auf die c. p. statt auf die condictio rei stützen könne [54]). Der Vergleich ist deshalb unrichtig, weil der Geschädigte, solange er noch die rei vindicatio hat, auch das Eigentum an der Sache hat, dieses also nicht den Besitz des Bereicherten rechtfertigen kann.

Leonhard will die Eigentumsübertragung, auch wenn sie nichtig ist, schon als genügenden Rechtsgrund für den Besitz ansehen [55]). Mit Unrecht. Wenn zum Zwecke des Eigentumsübergangs eine Sache übergeben wird, so drückt der Uebergebende allerdings mit der Uebertragung aus, daß der andere nunmehr Besitzer sein solle, aber doch nicht Besitzer schlechthin, sondern deshalb, weil der andere Vertragsteil Eigentümer der Sache werden soll, bzw. weil auf Grund eines obligatorischen Vertrages der andere ein Recht auf die Sache hat. Nur dann, wenn diese kausalen Motive erfüllt sind, kann von einem gerechtfertigten Besitz des anderen Teiles die Rede sein. Wollte man anders entscheiden, so würde auch die condictio des Eigentums bei ungültigem obligatorischen Grundgeschäft, also einem der Hauptanwendungsfälle des Bereicherungsanspruchs, unmöglich sein. Der Eigentumsübertragungswille im letzten Fall ist genau so unbedingt wie im ersten Fall der Besitzübertragungswille, aber dieser Wille rechtfertigt den Eigentumserwerb eben nur dann, wenn auch sein Beweggrund, nämlich Gültigkeit des Grundgeschäfts, erfüllt ist.

IV.

Mit einigen Worten muß auf den Gegenstand des Besitzbereicherungsanspruchs eingegangen werden.

In erster Linie geht er auf Herausgabe des Besitzes, fernerhin, gemäß § 818 I BGB., auf die gezogenen Nutzungen [1]).

---

[53]) Plessen S. 9 und v. Mayr S. 392 vertreten dies Ergebnis.

[54]) v. Mayr a. a. O.

[55]) S. 55 A. 4 A.

[1]) Stieve S. 69; Bruns S. 193; Bunsen S. 88.

Das letztere wird von Runge [2]) bestritten, allerdings ohne einleuchtende Gründe. Gegenstand des Anspruchs sei der Besitz, die tatsächliche Gewalt, nicht die Sache selbst. Nach § 100 BGB. seien Nutzungen die Früchte einer Sache oder eines Rechtes. Nutzungen des Besitzes seien also gar nicht denkbar. Dem ist entgegenzuhalten, daß Gegenstand der Herausgabe bei der Besitzeskondiktio, ebenso wie bei condictio des Eigentums, die Sache selbst ist. Die Verschiedenheit der Ansprüche ergibt sich lediglich aus dem verschiedenen Verhältnis, in dem der Bereicherte bzw. der Geschädigte zur Sache steht. Zu erklären ist diese Auffassung Runges nur aus den römisch-rechtlichen, hier aber mißverständlichen Ausdrücken condictio possessionis im Gegensatz zu condictio rei [3]).

Allerdings muß die Herausgabe der Nutzungen gemäß § 993 BGB. beschränkt werden. Dort ist gesagt, daß der Eigentümer von dem gutgläubigen Besitzer, sofern dieser den Besitz entgeltlich erlangt hat, nur insoweit die Nutzungen nach den Vorschriften der condictio herausfordern kann, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht entsprechen. In dieser Bestimmung kommt der allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, daß der Besitzer auf Grund seiner tatsächlichen Gewalt dem von ihm vermuteten Recht auf den Besitz vertrauen darf und deshalb vermindert haften soll. Dieser Grundsatz muß weitestgehende Anwendung finden. Es wäre auch nicht zu verstehen, warum der Besitzer dem Eigentümer gegenüber, der das vollkommenste Recht an einer Sache inne hat, milder haften soll als demjenigen, der sich lediglich auf seinen früheren Besitz beruft.

Umstritten ist die Frage, ob der bereicherte Besitzer, der auf Grund seines unrechtmäßigen Besitzes die Sachen ersessen hat, auf eine condictio des ehemaligen Besitzers hin sowohl den Besitz wie auch das ersessene Eigentum herausgeben muß. Begründet wird diese Ansicht damit, daß gemäß § 818 Abs. 1 BGB. von dem Verpflichteten auch das auf Grund des erlangten Rechts Erworbene herauszugeben ist, und daß diese Vorschrift auf den Besitz analog angewendet werden müsse [4]).

Gegen diese Auffassung spricht zunächst die Erwägung, daß ja nicht einmal der frühere Eigentümer gegen den Ersitzenden einen Anspruch auf Herausgabe des Eigentums hat. Sollte demgegenüber der ehemalige Besitzer besser gestellt sein?

Neben dieser Billigkeitsbegründung steht folgende sachliche: Sinn der fraglichen Bestimmung des § 818 ist, daß ein Vorteil, der die Zweckbestimmung des erlangten Etwas erfüllt, gewissermaßen ein Surrogat für das Etwas bzw. seine Teile ist, herausgegeben werden

---

[2]) S. 10.

3) s. oben S. 2 Anm. 3

[4]) so Runge S. 10; Stieve S. 78; Wolff, Sachenrecht § 71 IV Anm. 26; Enneccerus I 2 § 442 III Anm. 19; Planck § 937 Nr. 3; Staudinger § 937, 4; v. Mayr S. 596; Oertmann, Recht 1910 S. 588 ff. 593.

muß [5]). Nicht gemeint ist, daß irgend welche andere Vorteile, die zwar an das bereichernde Etwas anknüpfen, es aber nicht seinem Wesen nach erfüllen, sondern nur eine Begleiterscheinung sind, herausgegeben werden. Das eigentliche Wesen des Besitzes erschöpft sich in der tatsächlichen Gewalt — womit seine rechtliche Bedeutung nicht bestritten werden soll. Wenn auf Grund des Besitzes das Eigentum erlangt wird, so ist allerdings der Besitz Voraussetzung der Ersitzung. Damit erfüllt er aber nicht seine wesentliche Zweckbestimmung [6]).

Kann demnach eine Herausgabe des auf Grund ungerechtfertigten Besitzes ersessenen Eigentums nicht gefordert werden, so kann auch andererseits nicht der Besitz als ungerechtfertigte Bereicherung verlangt werden, wie die Ausführungen S. 20 zeigen.

Bedenken über den Gegenstand des Besitzbereicherungsanspruchs können in gewissen Fällen der condictio des mittelbaren Besitzers entstehen. Geht der unmittelbare Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder auf sonstige Weise des Besitzes verlustig, so ist damit auch zumeist ein Besitzverlust des mittelbaren Besitzers verbunden. Man wird nicht ohne weiteres dem mittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe des unmittelbaren Besitzes an sich zubilligen wollen, da er diesen ja mit rechtlichem Grunde verloren hat [7]), andererseits wäre es aber unbillig, wenn der ehemalige mittelbare Besitzer vom unrechtmäßigen Besitzer nur die Herstellung eines Besitzmittlungsverhältnisses fordern könne. Damit würde dem mittelbaren Besitzer, dem keine anderen Ansprüche zur Seite stehen [8]), jede Einflußnahme darauf verloren gehen, wer ihm den Besitz der Sache mitteln solle. Außerdem würde damit dem früheren unmittelbaren Besitzer die Möglichkeit genommen, vom neuen unmittelbaren Besitzer die Sache herauszufordern, da dieser sie nunmehr mit rechtlichem Grunde inne hat, und der mittelbare Besitzer würde sich dem ehemaligen unmittelbaren Besitzer gegenüber unter Umständen regreßpflichtig machen.

Es dürfte in diesem Falle richtig sein, in Analogie zu § 869 BGB. dem mittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Rückübertragung des unmittelbaren Besitzes an den früheren Besitzmittler zu gewähren und für den Fall, daß dieser die Sache nicht annehmen will, auf Rückübertragung des Besitzes an sich [9]).

Ist der Bereicherte nicht mehr in der Lage, den Besitz herauszugeben und infolgedessen verpflichtet, den Wert zu ersetzen, erhebt sich die schwierige Frage, wie der Wert des Besitzes festzustellen ist.

---

[5]) Etwa das auf Grund eines Forderungsrechtes Erlangte (vgl im übrigen RGR.-Komm. § 817 Anm. 2).

[6]) Zum gleichen Ergebnis gelangt Stück S. 37, allerdings mit anderer Begründung.

[7]) a. M. Bunsen S. 89, allerdings ohne Begründung.

[8]) nämlich, wenn ihm kein dingliches Recht an der Sache und kein Eigenmachtsanspruch nach § 869 BGB. zur Seite steht.

[9]) so auch v. Mayr S. 146.

Meist allerdings wird diese Frage durch die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. zu umgehen sein [10]). Bis zur Widerlegung dieser Vermutung wird also der Wert des verloren gegangenen Besitzes dem Eigentumswert gleichgesetzt. Ist diese Vermutung aber zerstört, wird man bei Festsetzung des Besitzwertes einmal den Wert des tatsächlichen Habens berücksichtigen müssen, fernerhin den entgangenen Vorteil des Fruchtgenusses, von dem allerdings nur dann die Rede sein kann, wenn der ehemalige Besitzer gutgläubig gewesen ist (§§ 955, 957 BGB.), oder der Eigentumsanspruch verjährt ist. Als drittes muß die entgangene Ersitzungsmöglichkeit, bzw. die Möglichkeit der Verjährung des Eigentumsanspruchs in Betracht gezogen werden.

Man wird praktisch diesen Forderungen in den meisten Fällen dadurch am besten gerecht werden, daß man dem Geschädigten den Wert der Sache als Ersatz zubilligt, natürlich wenn der In-Anspruch-Genommene gutgläubig ist, nur soweit er tatsächlich noch bereichert ist (§ 818 III BGB.). Diesen Wert der Sache wird man dem ehemaligen Besitzer nicht unbedingt zubilligen dürfen, da ja auch der Besitz als solcher die Gewähr der Dauer nicht hat. Er darf dem Geschädigten nur solange gewährt werden, als vermutlich sein Besitz gedauert haben würde [11]). Dieser Zeitpunkt wird allerdings häufig nicht zu bestimmen sein, so daß tatsächlich der Geschädigte den Wertersatz dauernd behält. Immerhin ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, daß der Besitz des Geschädigten geendet haben würde, daraus, daß der alte Eigentümer von dem jetzigen Besitzer die Sache herausverlangt oder von dem Geschädigten zu erlangen versucht. Ob der alte Eigentümer tatsächlich noch Eigentümer ist, oder ob etwa der Dritte gutgläubig Eigentum an der Sache erworben hat, spielt hierbei keine Rolle.

Sobald der Geschädigte die Sache ersessen haben würde, bzw. sobald der Anspruch des früheren Eigentümers erloschen ist oder erloschen sein würde, falls er noch Eigentümer gewesen wäre, würde der Wertersatz dem ehemaligen Besitzer dauernd zustehen [12]).

V.

In der bisherigen Abhandlung war der Besitzbereicherungsanspruch in dem sich aus den Bestimmungen des Bereicherungsrechts ergebenden Umfang abgegrenzt worden. Zu untersuchen bleibt, wie der so gefundene Anspruch sich zu anderen Ansprüchen des bürgerlichen Rechtes verhält, wenn er mit diesen in einem gegebenen Sachverhalt zusammentrifft. Es handelt sich hier um die schon S. 7 erwähnte Frage der Konkurrenz der c. p. mit anderen Ansprüchen.

---

[10]) Stieve S. 67. Vgl. auch § 828 des ersten Entwurfes zum BGB., welcher im § 1006 BGB. aufgegangen ist.

[11]) Danach condictio des ehemals Bereicherten.

[12]) Ueber diese Frage ausführlich: Stieve S. 66 ff.; Bruns S. 189 ff.; Memmesheimer S. 58.

Im Strafrecht ergibt sich die grundsätzliche Lösung der Konkurrenzfrage, wenn sie auch im einzelnen Schwierigkeiten begegnen mag, aus dem Satze, daß eine Handlung nur einen Strafanspruch des Staates erzeugen kann.

Die Anwendung dieses Grundsatzes im bürgerlichen Recht begegnet zunächst der großen Schwierigkeit, wodurch sich denn nun im Zivilrecht die Einheitlichkeit des Tatbestandes ergeben könne, ob es, wie im Strafrecht die Handlung, auch im Zivilrecht bestimmte Individualisierungsmerkmale für die Einheit des Tatbestandes gibt [1]). Aber selbst wenn sich solche finden ließen, so wäre damit noch nicht bewiesen, daß die Einheit dieser Individualisierungsmomente auch die Einheit des Anspruches bedingte. Eine Herübernahme der strafrechtlichen Leitsätze über die Konkurrenzen in das Zivilrecht, lediglich aus dem Wunsche heraus, in Straf- und Zivilrecht mit denselben Grundsätzen zu arbeiten [2]), ist bei der völligen Verschiedenheit von Zweck und Ziel beider Rechte nicht berechtigt [3]). Zwingende Gründe für eine solche Uebernahme sind aber nicht ersichtlich.

Ohne sich auf das Strafrecht zum Beweise seiner Ansicht zu stützen, behauptet Hellwig [4]) die Einheit des Anspruchs und somit Gesetzeskonkurrenz, wenn es sich bei den Anspruchsbeteiligten um dieselben Personen handelt und ferner, wenn der zu leistende Gegenstand und der Entstehungsgrund dieselben sind. Unter dem Entstehungsgrund versteht er die den Anspruch erzeugenden äußeren Tatsachen, sowie die Rechtsverhältnisse, auf die eingewirkt wird [5]).

Es ist aber nicht einzusehen, warum nicht auch der rechtliche Gesichtspunkt, unter dem ein Anspruch gewährt werden kann, also etwa der, daß er sich im einen Fall aus ungerechtfertigter Bereicherung, im anderen Fall aus Vertrag begründen läßt, zur Individualisierung herangezogen werden soll, so daß also tatsächlich zwei Ansprüche gegeben sind [6]).

Daß die Auffassung Hellwigs nicht richtig ist, ergibt sich im übrigen aus folgendem: § 477 BGB. läßt erkennen, daß die Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz verschiedene Ansprüche sind [7]). Wenn also A. wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache wandelt und von B. den Kaufpreis in Höhe von 100 RM. zurückfordert, so ist das ein anderer Anspruch, als wenn er wegen des Fehlens derselben Eigenschaft gemäß § 463 BGB. 100 RM. Schadensersatz fordert, und trotzdem sind die Per-

---

[1]) vgl. Lent, Gesetzeskonkurrenz Bd. 1, insbesondere 2. Kapitel, und gegen ihn Schmidt, Gesetzeskonkurrenz S. 3 ff.
[2]) Lent S. 1 und S. 70.
[3]) vgl. Schmidt, der S. 3 ff. die Ansicht Lents ausführlich widerlegt.
[4]) wie Hellwig, v. Mayr S. 369 f.
[5]) Hellwig S. 86 ff., S. 90 ff i. V. mit S. 97 ff.
[6]) JW. 12, 78; RGE. 11, 242; 27 S. 389.
[7]) Planck § 462, 3; Staudinger § 465 III 2d.

sonen, der zu leistende Gegenstand, die äußeren Tatsachen und das Rechtsverhältnis, auf das eingewirkt wird, dieselben.

Von dem Vorliegen nur eines Anspruchs bzw. dem Ausschluß der übrigen Ansprüche, also Gesetzeskonkurrenz, kann nach alledem nur dann gesprochen werden, wenn die an sich möglichen Ansprüche demselben rechtlichen Gesichtspunkt entspringen, wenn also z. B. feststeht, daß sie alle Bereicherungsansprüche sind — dann kommt nur die auf den speziellen Tatbestand zugeschnittene Gesetzesbestimmung in Anwendung — oder wenn sich sonst im Einzelfall zwingende logische Gründe ergeben, die erkennen lassen, daß das Gesetz den einen Anspruch um des anderen willen ausschließen will.

Es ist vielfach behauptet worden, daß der Bereicherungsanspruch — und damit auch die c. p. als besondere Form dieses Anspruches — ganz allgemein hinter jedem anderen Anspruch zurückzutreten habe, der das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Bereicherten regelt, denn die Condictionen wären ihrer Natur nach subsidiär, lediglich Aushilfsansprüche [8]).

Zunächst sei untersucht, ob sich eine Begründung für diese Auffassung finden läßt.

Eine direkte, die Subsidiarität anordnende gesetzliche Bestimmung, wie sie das preußische Allgemeine Landrecht im § 277 I 13 kannte, besteht im heutigen Rechte nicht. Wir sind auf allgemeine Erwägungen angewiesen. Man könnte vielleicht argumentieren: Nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung ist der In-Anspruch-Genommene, jedenfalls solange er den Mangel des Rechtsgrundes nicht kennt, weder zu irgend welchem Schadensersatz verpflichtet, noch etwa, wie der Besitzer gegenüber dem Eigentümer, nur berechtigt, etwaige notwendige Verwendungen auf die herauszugebende Sache in Anrechnung zu bringen. Es läßt sich daraus entnehmen, daß für den Bereicherungsanspruch Voraussetzung ist, daß ohne ihn der Bereicherte völlig berechtigt und im Einklang mit dem Gesetz bereichert sein würde. Davon kann aber nur dann die Rede sein, wenn außer der condictio keine anderen Ansprüche gegeben sind.

Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Wenn auch die in den angegebenen Grenzen gemilderte Haftung ihren Grund in der gefolgerten Stellung des Bereicherten findet, so ist doch nicht einzusehen, warum in anderen Fällen, in denen gegen den Bereicherten

---

[8]) Insbesondere v. Mayr, „Condictio“ S. 7; Oertmann vor § 812, 4 (Oertmann behauptet neben seiner S. 13 f. widerlegten Auffassung auch ganz allgemein die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches); Kuhlenbeck, Komm. z. BGB. 1899 Vorbem. vor § 812 S. 559; Staffel, Sächsisches Archiv 1903 S. 505. A. M. u. a. RG. 48 S. 139; JW. 1919 S. 715; RGR.-Komm. § 812 7c; Enneccerus § 441 I 5 und Anm. 13; Jung S. 42 ff.; Plessen S. 50 ff.

auch andere Ansprüche zu Gebote stehen, der Gläubiger nicht auch einen weniger weitgehenden Anspruch geltend machen darf.

Im übrigen wäre es verfehlt anzunehmen, daß der Bereicherungsanspruch stets ein Minus gegenüber anderen Ansprüchen bedeute, jedenfalls dann, wenn man in jedem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis [9]) eine für sich abgeschlossene einheitliche Regelung der Haftung sieht [10]).

Wenn A. dem B. eine Sache vermietet und dieser, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, die Sache nicht herauszugeben vermag, kann B. aus dem Vertragsverhältnis nicht in Anspruch genommen werden, wohl aber kann, solange er um einen Teil des Wertes der Sache bereichert ist, dieser condiciert werden.

Man könnte daraus ein anderes Argument für die Subsidiarität der condictio herleiten, indem man sagt, daß eben durch die speziellen vertraglichen bzw. gesetzlichen Ansprüche der Umfang der Haftung des Bereicherten ausschließlich begrenzt und eine weitergehende Haftung abgelehnt werden solle [11]). Die Bereicherungsansprüche aber lediglich im Rahmen der durch die anderen Ansprüche gesteckten Grenzen zuzulassen, würde die condictio gänzlich bedeutungslos machen; sie könne also vom Gesetz nur da gewollt sein, wo andere Ansprüche nicht gegeben sind.

Dem ist entgegenzuhalten, daß in dem oben angeführten Beispiel die Anerkennung einer condictio durchaus nicht unbillig erscheint. — Fernerhin: § 816 BGB. besagt, daß, wenn jemand das Eigentum eines Dritten durch Veräußerung verletzt, die sich aus dem Eigentum ergebenden Rechte, die zwischen den Parteien möglichen Ansprüche nicht erschöpfen, sondern über sie hinaus eine condictio möglich ist. Damit ist schon, wenigstens für diesen Fall, der behauptete Grundsatz durchbrochen. Es ist nicht einzusehen, warum bei anderen gesetzlichen wie rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen etwas anderes gelten solle.

Würden aber dennoch die Condictionen nur im Rahmen der übrigen Ansprüche zugelassen, so wäre damit, daß sie in diesem Falle praktisch bedeutungslos würden, noch nichts Zwingendes dafür dargetan, daß sie deshalb auszuschließen seien. Warum sollte man es dem Forderungsberechtigten verwehren, seinen Anspruch trotzdem mit der condictio gelten zu machen?

Die Tatsache, daß ein Anspruch bedeutungslos wird, wenn zugleich auch ein anderer gegeben ist, kann zum Ausschluß eines der

---

[9]) das sich aus Verletzung eines absoluten Rechtes ergeben kann.

[10]) Gemeint ist hier also nicht ein einzelner Anspruch, sondern eine Anspruchsgesamtheit. So etwa beim Kauf, wo sich die Rechte der Parteien in eine Vielheit von Ansprüchen auflösen. Vgl. oben S. 25

[11]) In ähnlicher Weise argumentiert v. Mayr S. 363, ohne allerdings die obige Folgerung daraus zu ziehen, sondern nur um seine oben S. 13 angeführten Meinung besser zu begründen.

beiden möglichen Ansprüche nur dann führen, wenn der bedeutungslos gewordene durch das Vorliegen des anderen in seinen gesamten oder doch wesentlichsten Anwendungsfällen hinfällig werden würde. In diesem Falle kann aber nicht der sonst bedeutungslos werdende, sondern nur der andere Anspruch ausgeschlossen werden [12].

Ob diese Regel bei der Konkurrenz der condictio — und im besonderen der c. p. — mit anderen möglichen Ansprüchen Platz greift, wird die weitere Untersuchung lehren.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß die Konkurrenzfrage für die Bereicherungsansprüche nicht von vornherein in Bausch und Bogen abgetan werden kann, vielmehr wird der Bereicherungsanspruch mit jedem einzelnen möglichen Konkurrenzanspruch verglichen werden müssen. Die Konkurrenzfrage kann also nur jeweils für den einzelnen Fall entschieden werden.

Im folgenden beschränken wir uns auf die wichtigsten, vor allem auch für die c. p. bedeutsamsten Konkurrenzmöglichkeiten.

In § 323 Abs. 3 BGB. steht demjenigen Vertragsteil, der seine Leistung vollzogen hat, ein Rückforderungsanspruch seiner „nicht geschuldeten Gegenleistung" nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu, wenn dem anderen Teil die von ihm geschuldete Leistung unmöglich wird. Dieser Anspruch richtet sich nicht nur in seinem Umfang nach Condictionsgrundsätzen, sondern ist selbst einer von den, an verschiedensten Stellen des bürgerlichen Gesetzes verteilten Bereicherungsansprüchen [13]. Die Ansprüche aus § 323 Abs. 3 und § 812 sind also identisch, eine Anspruchskonkurrenz kommt nicht in Frage. § 812 tritt als allgemeinere Regelung hinter § 323 Abs. 3 zurück.

Dasselbe muß bezüglich des Anspruchs aus § 327 Satz 2 BGB. gelten. Allerdings wird das insoweit bestritten, als behauptet wird, daß es sich hier um Beschränkung der sich aus dem Rücktrittsrecht (§§ 346—356 BGB.) ergebenden Ansprüche handelt [14].

Diese Auffassung erscheint nur dann begründet, wenn man die Ansicht vertritt, daß die Rückgewähransprüche nach vollzogenem Rücktritt grundsätzlich die Bereicherungsansprüche der §§ 812 ff. ausschließen. Damit ist ein sehr wichtiger Konkurrenzfall der condictio berührt, der der Untersuchung bedarf.

Nach durchaus herrschender Meinung ist nach Erklärung des Rücktritts das alte Schuldverhältnis aufgelöst [15], der ehemalige Ver-

---

[12]) vgl. Schmidt S. 36 ff.

[13]) Solche sind gegeben in §§ 516, 531 Abs. 2, 682, 684, 852, 951, 1301, 1584 BGB. (Vgl. Jung S. 121 ff.)

[14]) Lent S. 329; Jung S. 121.

[15]) a. M. Crome II § 174, 4b; Dernburg II § 107 V; Endemann § 148 Nr. 2; Hedemann, Schuldrecht S. 383.

tragsgegner hat also die ihm gewährte Leistung ohne rechtlichen Grund. Die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruchs liegen also grundsätzlich vor. Nun wird allerdings von verschiedenen Seiten behauptet, der Rückgewähranspruch nach vollzogenem Rücktritt sei seiner Natur nach nichts anderes als ein Bereicherungsanspruch [16]). Es bestände dann also Identität zwischen dem Anspruch aus §§ 346 ff. und §§ 812 ff., und da die Gesetzesbestimmungen der §§ 346 ff. die spezielleren seien, kämen nur sie in Frage [17]).

Die Richtigkeit dieser Ansicht ist zu bestreiten. Der Anspruch der §§ 346 ff. geht auf Wiederherstellung des vorvertraglichen Zustandes, ohne sich auf die Bereicherung zu beschränken, hat also seinem Wesen nach nichts mit der condictio zu schaffen. Nun kann allerdings mit Recht eingewandt werden, daß beim vertraglichen Rücktritt ein Bereicherungsanspruch sich nach § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB. richten würde, also in der Hauptsache auf dasselbe gehen würde wie der Rückgewähranspruch gemäß §§ 346 ff. Es muß aber betont werden, daß ein Anspruch nach § 820 Abs. 1 Satz 2 das Prinzip, daß grundsätzlich auf die Bereicherung allein gehaftet wird, noch insoweit erkennen läßt, als bezüglich der Zinsen und Nutzungen auch in diesem Falle nach gewöhnlichen Bereicherungsgrundsätzen gehaftet wird, während nach §§ 346, 347 BGB. alle gezogenen Nutzungen beansprucht werden können. Es ist aber logisch nicht möglich, einen Anspruch, der zu einem Teil Ausnahme von einem Prinzip ist, dem Wesen nach mit einem anderen Anspruch gleichzusetzen, der diese Ausnahme zum alleinigen Grundsatz erhebt.

Die Unmöglichkeit, condictio und Rückgewährsanspruch nach §§ 346 ff. für ihrem Wesen nach gleich zu achten, ist ferner dann klar erkenntlich, wenn die Rücktrittsregel auf gesetzliche Rücktrittsrechte Anwendung finden soll (§ 327 BGB.). Ist nämlich ein gesetzliches Rücktrittsrecht ausgeübt, so wird ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung sich nicht nach § 820, sondern nach § 818 BGB. — für die Zeit nach erfolgtem Rücktritt nach § 819 BGB. — richten. Es könnte nach § 818 lediglich die Bereicherung gefordert werden. Hier zeigt sich die innere Verschiedenheit des Rückgewährs- vom Bereicherungsanspruch in voller Klarheit. Sie sind also nicht identisch.

Die vorstehenden Ausführungen lassen erkennen, daß der Bereicherungsanspruch keinen über den Anspruch aus §§ 346 ff. BGB. hinausgehenden Umfang der Haftung annimmt, allenfalls einen geringeren. Man wird daraus grundsätzlich eine freie Konkurrenz beider Ansprüche herleiten wollen, da nach dem bisher Gesagten keiner den anderen bedeutungslos werden läßt.

Immerhin könnten Bedenken bezüglich einer freien Anspruchskonkurrenz daraus entnommen werden, daß der Anspruch aus

---

[16]) Staudinger § 346 II 1 b; Planck vor § 346 1 a β bb; Oertmann § 346, 2; a. M. RGR.-Komm. § 346, 3; Enneccerus I 2 § 262 II; Hellwig S. 22 f.; Windscheid-Kipp II § 323

[17]) Runge S. 31; Stück S. 19.

§§ 346 ff. BGB. nur Zug um Zug zu erfüllen ist (§ 348 BGB.). Diese Beschränkung des Gläubigers könnte, so würde man sagen, durch die Geltendmachung der condictio stets umgangen werden. Dem muß entgegengehalten werden, daß nach Bereicherungsrecht grundsätzlich nur auf die Bereicherung gehaftet wird. Diese bestimmt sich aus der Differenz von Leistung und Gegenleistung [18]), so daß der In-Anspruch-Genommene die von ihm ausgeführte Leistung ohne weiteres von der Forderung des anderen Teils abziehen kann. Dieses Recht steht dem In-Anspruch-Genommenen in jedem Falle zu, ganz einerlei, ob er das Rücktrittsrecht, bzw. nach erfolgtem Rücktritt den Mangel des Rechtsgrundes, kannte oder nicht. Die §§ 819, 820 BGB. lehnen sich eng an § 818 an und gehen beide, ebenso wie § 818 Abs. 3, davon aus, daß die strengere Haftung nur bezüglich der im fraglichen Zeitpunkt des Empfanges der Leistung oder der Kenntnis des Rechtsgrundmangels überhaupt vorhandenen Bereicherung gilt [19]).

Erkennt man die hier vertretene Auffassung über die Bestimmung der Bereicherung aus der Differenz von Leistung und Gegenleistung nicht an, so wird man im Falle des Rücktritts den dem § 348 zugrunde liegenden Rechtsgedanken unbedenklich auf die condictio ausdehnen können [20]).

Gegen die Konkurrenz von condictio und Rückgewähranspruch der §§ 346 ff. bestehen danach also keine Bedenken mehr [21]).

Ebenso wie der spezielle Anspruch nach dem Rücktritt sind auch die speziellen Ansprüche nach Beendigung eines Vertrages [22]) keine Bereicherungsansprüche. Wenn auch in diesem Falle stets ein Bereicherungsanspruch mit derselben tatsächlichen Begründung wie der Vertragsanspruch möglich ist, so werden dadurch die speziellen Rückforderungsansprüche nicht bedeutungslos.

Die Rückforderungsansprüche gehen auf Herausgabe bzw Schadensersatz ohne Rücksicht auf die Bereicherung, auch wenn der In-Anspruch-Genommene bezüglich seines Rechtes auf den Besitz der Sache oder seines Rechtes an der Sache in gutem Glauben ist.

Nur in dem oben S. 27 erwähnten Fall, daß der Schuldner ohne Verschulden den geschuldeten Gegenstand nicht herausgeben kann, aber bereichert ist, geht die condictio weiter. Dagegen war aber, wie oben dargetan, nichts einzuwenden.

---

[18]) RGR.-Komm. § 818 III 8 und dort zit. RGE. Allerdings sehr umstritten! A. M. u. a. Oertmann § 818 A. 3a und die im RGR.-Komm. zit.

[19]) RGR.-Komm. § 346 Nr. 3.

[20]) Planck vor § 812 Nr. 5.

[21]) so auch Plessen S. 52; RGR.-Komm. § 346 Nr. 3; Planck vor § 812 Nr. 5.

[22]) In Frage kommen für unsere Untersuchung vor allem Miet-, Pacht-, Leih-, Werk- und Verwahrungsvertrag.

Die Konkurrenz von condictio und Rückforderungsanspruch nach Vertragsbeendigung ist also möglich [23]).

Auch gegen die Konkurrenz von Bereicherungs- und Deliktsanspruch lassen zwingende Gründe sich nicht finden [24]). Es wäre nicht einzusehen, warum dem durch Delikt Geschädigten nicht freistehen sollte, von dem Gegner, soweit er durch sein Handeln ungerechtfertigt bereichert ist, die Bereicherung zu verlangen oder aber nach Deliktsrecht seinen Schaden, der unter Umständen die Bereicherung mit umfaßt, zu fordern. Daß dadurch einer der beiden Ansprüche in unbilliger Weise beschränkt würde, kann nicht gesagt werden.

Im übrigen ergibt auch § 852 Abs. 2 durch die Worte „auch nach", daß die Konkurrenz beider Ansprüche unbeschränkt möglich ist [25]).

Wenn A. dem B. eine Sache eigenmächtig wegnimmt, auf die er kein Recht hat, wäre grundsätzlich ein Anspruch aus § 861 und § 812 BGB. denkbar.

Da, wie oben S. 19 f. ausgeführt wurde, der Eigenmachtsanspruch lediglich die Reaktion auf ein bestimmtes Verhalten ist, die condictio aber ohne dessen Berücksichtigung das materielle Recht zum Besitz zu prüfen hat, da im übrigen auch der letztere Anspruch nur gegeben ist, soweit der In-Anspruch-Genommene tatsächlich bereichert ist, während die Voraussetzungen des ersteren so lange vorliegen, als der eigenmächtig Handelnde den Besitz der Sache hat, kann man den Anspruch aus § 861 nicht als einen speziellen Ausschnitt der Besitzbereicherung ansehen [26]) und aus diesem Grunde die §§ 812 ff. ausschließen.

Auch ein sonstiger Grund, die freie Konkurrenz der beiden Ansprüche nicht zuzulassen, ist nicht ersichtlich. Es muß dem Geschädigten völlig offen stehen, ob er, sich lediglich auf die verbotene Eigenmacht stützend, den Besitz herausverlangen will oder aber unter Nachprüfung der Frage, ob der andere Teil einen Anspruch auf den Besitz hat, seine Forderung geltend machen will [27]).

Schwieriger ist die Lösung der Konkurrenzfrage beim Zusammentreffen der c. p. mit dem Besitzverlustanspruch aus § 1007.

Der Anspruch aus § 1007 will dem früheren Besitzer, dem sein Besitz abhanden gekommen ist, zur Wiedererlangung seiner alten Position verhelfen, ohne Rücksicht darauf, ob der andere Teil bereichert ist. Allerdings bleibt es dem gutgläubigen neuen Besitzer unbenommen, sein Recht auf die Sache bzw. seinen älteren Besitz geltend zu machen. Bei der c. p. hat der Kläger selbst nachzuweisen, daß der Gegner kein Recht auf den Besitz hat, ist dafür aber nicht der Einrede der freiwilligen Besitzaufgabe ausgesetzt, soweit er nicht

---

[23]) a. A. Kahn S. 18; Stück S. 29.

[24]) Teilweise a. A. auf Grund seiner Theorie. Lent S. 330 ff., insbes. S. 332, 335 ff.

[25]) a. A. Lent S. 337 ff.

[26]) wie Bruns S. 202 ff.; Pfersche S. 60.

[27]) so auch Plessen S. 17 ff.; Runge S. 43 ff.; Stück S. 29 u. h. M. A. A. Lent S. 340 ff.

sogar selbst seinen unfreiwilligen Besitzverlust dartun muß (§ 1007 Abs. 2 BGB.).

Um einen der beiden Ansprüche bei Zusammentreffen auszuschließen, ist nach dem bisher Gesagten ein zwingender Grund nicht vorhanden. Auch daß sich die Forderung auf die Nutzungen nach § 1007 Abs. 3 im Rahmen der Ansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer beschränkt, zwingt zu keiner anderen Auffassung, da der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen beim Besitzbereicherungsanspruch in gleicher Weise begrenzt wurde.

Allerdings — und daraus könnten sich Bedenken gegen eine freie Konkurrenz beider Ansprüche ergeben — steht dem den Besitzverlustanspruch geltend machenden ehemaligen Besitzer die Einrede entgegen, daß er selbst bei Erwerb des Besitzes bösgläubig gewesen sei. Richtig dürfte es sein, diese einredeweise geltend zu machende Beschränkung auf die c. p. auszudehnen und zwar ganz allgemein, nicht nur dann, wenn der Tatbestand des § 1007 ebenfalls erfüllt ist. Berechtigt erscheint das deshalb, weil die angeführte Einrede ein aus Treu und Glauben zu verstehendes Prinzip verkörpert. Es wäre unbillig, den wegen ungerechtfertigter Bereicherung In-Anspruch-Genommenen schlechter zu stellen als seinen Gegner, wenn nachgewiesen ist, daß auch dieser auf den bereichernden Gegenstand kein Recht hat [28]).

Ist die c. p. in dieser Weise beschränkt, so muß die Konkurrenz von Besitzbereicherungs- und Besitzschutzanspruch unbedenklich zugelassen werden [29]).

Die Frage der Konkurrenz von Besitzbereicherungs- und Eigentumsanspruch spielt, wie S. 4 ausgeführt, in der Geschichte eine besondere Rolle. Nach heutigem Recht muß eine freie Konkurrenz beider Ansprüche anerkannt werden.

Daß die Forderung der Nutzungen durch den Eigentümer besonders beschränkt ist, kann, da, wie mehrfach erwähnt, die condictio in gleicher Weise begrenzt ist, keine Rolle spielen [30]). Man könnte aber immerhin das Bedenken vortragen, daß die c. p., die wie S. 16 ff. dargetan, nicht auf die unmittelbare Bereicherung beschränkt ist, in allen Fällen des § 985 ebenfalls anwendbar sei, so daß der Eigentumsanspruch aus § 985 illusorisch würde [31]). Demgegenüber muß, wie immer wieder betont werden soll, festgehalten werden, daß die condictio grundsätzlich nur auf die Bereicherung geht. Es ist sehr wohl möglich, daß der unrechtmäßige Besitzer der Sache um diese gar nicht mehr bereichert ist, nämlich dann z. B., wenn er für sie Aufwendungen gemacht hat, die dem Wert des Besitzes gleichkommen

---

[28]) Leonhard S. 95 II A. 4 B ;Lent S. 344 f.

[29]) so auch Runge S. 52 und h. M.

[30]) Für Ausschluß der condictio, weil die Begrenzung der Nutzungsforderung beim Bereicherungsanspruch nicht anerkannt wird, Stück S. 28.

[31]) so Gedankengang Kahns.

oder ihn übersteigen. Weiterhin ist eine c. p. nicht, wohl aber ein Eigentumsanspruch gegeben, wenn der unrechtmäßige Besitzer die Sache etwa auf Grund eines gültigen Mietvertrages an einen Dritten weitergibt, oder wenn der Dritte eine gestohlene Sache gekauft hat, so daß er trotz guten Glaubens nicht Eigentümer geworden ist. Auf Grund der gültigen obligatorischen Verträge hat er zwar den Besitz mit rechtlichem Grunde erlangt, ist aber dem geschädigten Eigentümer gegenüber nicht gemäß § 986 BGB. einredeberechtigt.

Ein weiterer Vorteil bei Geltendmachung des Eigentumsanspruchs ist der, daß der Kläger nicht den Beweis zu erbringen braucht, daß der andere den Besitz unrechtmäßig erlangt hat. Es ist Sache des Beklagten sein Besitzrecht einredeweise geltend zu machen.

Davon, daß die rei vindicatio durch die c. p. illusorisch würde oder wenigstens in den überwiegendsten Fällen bedeutungslos werden würde, kann also keine Rede sein [32]).

Entsprechend wie bei der Konkurrenz von condictio und rei vindicatio ist bei der Konkurrenz des Bereicherungsanspruchs mit den anderen Ansprüchen aus dinglichen Rechten zu entscheiden [33]). Die Konkurrenz ist also unbeschränkt zulässig.

In den Fällen des Erbschaftsanspruchs (§§ 2018 ff. BGB.) liegen auch stets die Voraussetzungen des Besitzbereicherungsanspruchs vor. Gemäß § 857 BGB. geht der Besitz mit dem Erbfall auf den Erben über. Wenn ein Dritter Erbschaftsgegenstände auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts erlangt, erlangt er auch den Besitz auf Kosten des Erben unrechtmäßig. Da der Erbschaftsanspruch in vieler Hinsicht weiter ist als die condictio, ist eine Konkurrenz beider Ansprüche möglich, und zwar auch dann, wenn sich der Erbschaftsanspruch in seinem Umfange ausnahmsweise auf die Bereicherung beschränkt (§ 2021 BGB.), da in diesem Falle der Erbschaftsanspruch nicht einfach seinem Wesen nach zum Bereicherungsanspruch wird [34]).

Eine Konkurrenz von Besitz- und Eigentumsbereicherungsanspruch ist nicht denkbar [35]). Voraussetzung des Eigentumsbereicherungsanspruchs ist das Eigentum des Bereicherten. Solange dieser noch Eigentümer ist, ist aber, wie S. 20 dargetan, der Besitz des Bereicherten gerechtfertigt. Eine c. p. ist also nicht möglich.

Die Untersuchung der Konkurrenzen hat ergeben, daß zwar der Bereicherungsanspruch — und im speziellen der Besitzbereicherungsanspruch — durch die erwähnten anderen Ansprüche, die ihrem Wesen nach keine condictionen sind, nicht ausgeschlossen wird, daß aber in diesen Fällen der Bereicherungsanspruch praktisch meist bedeutungslos ist.

---

[32]) so auch v. Mayr S. 389; Bruns S. 189; Plessen S. 19; Staudinger vor § 812 Nr. 6; Enneccerus I 2 § 441 I 5.

[33]) §§ 1027, 1065, 1090, 1227 BGB.

[34]) so auch Stieve S. 10.

[35]) a. M. v. Mayr S. 392; Plessen S. 9.

Lebenslauf.

Ich wurde am 16. VIII. 1904 zu Kassel als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Ernst Arnthal geboren. Im Februar 1923 machte ich meine Reifeprüfung am Realgymnasium I zu Kassel. — Von Ostern 1923 an studierte ich Rechtswissenschaften und zwar zunächst drei Semester in Freiburg i. B., dann ein Semester in Hamburg und zum Schluß drei Semester in Marburg a. d. L. Im Dezember 1926 bestand ich mein Referendarexamen am Oberlandesgericht zu Kassel und bin dortselbst seitdem als Referendar beschäftigt.